

El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos *

Isidoro Blanco Cordero

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alicante
Secretario General Adjunto de la AIDP*

BLANCO CORDERO, Isidoro. El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2017, núm. 19-16, pp. 1-35. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-16.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 19-16 (2017), 5 ago]

RESUMEN: La corrupción rampante en España y la insuficiencia de los recursos penales existentes para luchar eficazmente contra la misma han motivado la solicitud insistente desde determinadas fuerzas políticas de incluir en el Código penal español el delito de enriquecimiento ilícito. Son diversas las propuestas de los Grupos parlamentarios si bien la que más ha progresado en el ámbito parlamentario es la del Grupo Parlamentario de Ciudadanos, que presentó en septiembre de 2016 ante el Congreso de los diputados una *Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes* que incorporaba dicho delito. La experiencia de los países de nuestro entorno evidencia los problemas de constitucionalidad de un delito de este tipo, si se configura como delito de sospecha que invierte la carga de la prueba y vulnera el

derecho a la presunción de inocencia, a no declararse culpable y a guardar silencio. Por ello, se proponen otras alternativas a este delito, como recurrir a la normativa administrativa para sancionar a los empleados públicos que no comuniquen los incrementos de patrimonio, al derecho tributario y al delito fiscal y, más recientemente, a las denominadas órdenes de privación del patrimonio no justificado (*Unexplained Wealth Orders* (UWOs)).

PALABRAS CLAVE: Corrupción, enriquecimiento ilícito, presunción de inocencia, decomiso civil, delito fiscal.

ABSTRACT: The widespread corruption in Spain and the insufficiency of the existing criminal instruments to fight effectively against it have motivated the insistent request from certain political forces to include the crime of illicit enrichment in the Spanish penal code. The proposals of the parliamentary groups are diverse, although the one that has made the most progress in the parliamentary area is the Parliamentary Group of Ciudadanos, who presented in September 2016 before the Congress of Deputies a proposal for an Integral Law to Combat Corruption and Protection of Whistleblowers. The

experience of the countries of our environment evidences the problems of constitutionality of the crime of illicit enrichment, because it is incompatible with the presumption of innocence and violates the right to silence and the privilege against self-incrimination. Therefore, other alternatives to this crime are proposed, such as resorting to administrative regulations to punish public employees who do not disclose information about

their increases in wealth, tax law and tax offenses, and, more recently, so-called Unexplained Wealth Orders (UWOs).

KEYWORDS: Corruption, illicit enrichment, presumption of innocence, civil forfeiture, tax crime.

Fecha de publicación: 5 agosto 2017

SUMARIO: 1. Introducción. El delito de enriquecimiento ilícito. 2. Problemas de constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito. Las decisiones de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y Lituania. 2.1 El delito de enriquecimiento ilícito en Italia. 2.2 La Sentencia del Tribunal Constitucional portugués de 2012 (Acórdão N.º 179/2012). 2.3 El enriquecimiento ilícito en Lituania: regulación considerada hasta el momento como constitucional. 3. La situación en España. 3.1 Las propuestas de los partidos políticos. 3.2 La propuesta del Grupo Parlamentario de Ciudadanos en la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes. 3.2.1 Bienes jurídicos protegidos por los delitos de los que proceden los ingresos no justificados. 3.2.2 Inversión de la carga de la prueba en materia penal: vulneración del principio de presunción de inocencia. 3.2.3 Vulneración del derecho a no declararse culpable (nemo tenetur prodere seipsum). 3.2.4 Otros problemas que puede plantear este delito. 3.2.4.1 Problemas de utilización política. 3.2.4.2. Dificultades de prueba cuando los bienes están a nombre de terceros (personas físicas o jurídicas) distintos del empleado público. 3.2.4.3 Concurso con el delito del que proceden los bienes. 3.2.4.4 Problemas de retroactividad. 4. Necesidad de la intervención penal para hacer frente al enriquecimiento ilícito de empleados públicos: el Derecho administrativo, el Derecho tributario y el decomiso civil. 4.1 El Derecho administrativo: infracciones y sanciones por no declarar el patrimonio. 4.2 Derecho tributario y delito fiscal. 4.3 El decomiso civil: las Unexplained Wealth Orders (UWOs) del Reino Unido. 5. Último recurso: tipificación del delito de enriquecimiento ilícito que no vulnera derechos constitucionales. 6. Conclusiones.

* Este artículo se ha elaborado en el marco del Proyecto de investigación DER2013-43883-P «Adaptación del Derecho penal español al Derecho penal europeo» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación durante los años 2014 a 2017.

1. Introducción. El delito de enriquecimiento ilícito

Es dudoso que el arsenal punitivo actual sea suficiente para hacer frente a la corrupción pública que ha campado por su anchas en nuestro país en los últimos años. Especialmente para perseguir aquellos casos en los que la escasez probatoria no permite acreditar la existencia de los delitos de corrupción¹, algo que impide su procesamiento o sanción, pese a tener la constancia de que un sujeto del ámbito público dispone de un tren de vida y de unas cantidades de dinero que no se corresponden con sus ingresos. La práctica evidencia lo difícil que es la tarea de acreditar delitos de corrupción, especialmente el cohecho, cuando no se disponen de graba-

¹ Así WILSHER, Dan, "Inexplicable wealth and illicit enrichment of public officials: A model draft that respects human rights in corruption cases", en *Crime, Law & Social Change*, 2006, 45, pgs 27-53, pg. 23.

ciones sonoras o visuales de las entregas, o rastros claros del pago de dinero. Recordemos que estos delitos están siempre revestidos de un halo de secretismo², y muchas veces los intervinientes son los únicos testigos de los mismos. A ello se une un manto de silencio que cubre a los implicados, tanto el empleado público que recibe el dinero como el privado que lo paga, todos ellos amenazados con la sanción penal. Salvo excepciones, ligadas a eventuales pactos con la fiscalía con el fin de rebajar penas, los corruptores no van a denunciar a los corruptos. No siendo posible acreditar la corrupción, se ha de recurrir a otros mecanismos penales con el fin de lograr su efectiva persecución.

Entre ellos destaca la aplicación del *delito fiscal* de los arts. 305 ss. del Código penal (en adelante CP), que permite perseguir a los empleados públicos que disponen de dinero, normalmente en cuentas en el extranjero, y que no han tributado por el mismo. El delito fiscal, en algunos casos, se muestra claramente insuficiente, tanto por la entidad de las penas como por la situación patrimonial en la que queda el presunto corrupto. En efecto, desde el punto de vista penológico quedan sin castigo (impunidad) los delitos de corrupción que (pese a existir) no se han conseguido acreditar. Desde el punto de vista patrimonial, la aplicación del delito fiscal no siempre neutraliza las ganancias del delito, porque no van a ser decomisados todos los beneficios del delito de corrupción. La aplicación del delito fiscal no genera de manera inmediata el decomiso de los bienes defraudados (normalmente de origen lícito) sino, a lo sumo, la imposición de una multa y la declaración de responsabilidad civil que comprenderá el importe de la deuda tributaria no liquidada. Es posible, por tanto, que parte los bienes no justificados (y que probablemente procedan de delitos de corrupción) permanezcan en el patrimonio del empleado público³.

Son numerosas las voces que se alzan ante esta situación y solicitan que se introduzca en la legislación penal española el *delito de enriquecimiento ilícito*⁴, que goza de amplio reconocimiento en algunas regiones del mundo (como Latinoamé-

² Destaca DE LA MATA BARRANCO, Norberto. La lucha contra la corrupción política. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2016, núm. 18-01, pp. 1-25. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-01.pdf> [RECPC 18-01 (2016), 7 ene], pg. 4, el carácter secreto de los pagos que se realizan en el marco de la corrupción.

³ Véase BLANCO CORDERO, Isidoro, “El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea”, en *Revue électronique de l'Association Internationale de Droit Pénal / electronic Review of the International Association of Penal Law/ Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal* (ReAIDP / e-RIAPL), 2013, A-02; También publicado en *Delitos contra la Administración Pública*, Francisco R. Heydegger y Atahuamán P. Jhuliana C. (coordinadores), Centro de Estudios Penales, Idemsa, 1ª ed., 2013 Lima-Perú, pgs. 533-562.

⁴ Sobre este delito, véase BLANCO CORDERO, “El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea”, *cit.*; BLANCO CORDERO, Isidoro, “Armonización - aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito”, en *Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Arangüena Fanego, Coral (dir.), ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pgs. 349-378; DEL CARPIO DELGADO, Juana, “El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional”, en *Revista General de Derecho Penal*, N.º. 23, 2015.

rica, África o Asia)⁵. Ya en 1936 un parlamentario argentino intentó introducir este delito, sin éxito, en la legislación de su país⁶. Tras la incorporación del delito de enriquecimiento ilícito en Argentina e India en 1964, a fecha de 2010 más de 40 países a nivel mundial habían decidido incorporarlo en sus ordenamientos jurídicos⁷. En Europa, sin embargo, no ha tenido una favorable acogida y la mayoría de los Estados europeos carecen de tal delito. Sí que existe en Ucrania, donde fue introducido en 2011 (art. 368 CP de Ucrania) y en Moldavia desde 2013 (art. 330/2 CP de Moldavia). En la Unión Europea, Lituania incorporó en diciembre de 2010 el delito de enriquecimiento ilícito en el art. 189 CP de este país⁸. En Portugal⁹ la intención de incluirlo en su Código penal quedó frustrada por la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional (TC) de dicho país¹⁰.

Es menester señalar que el delito de *enriquecimiento ilícito* se prevé esencialmente para hacer frente a dos tipos de fenómenos: el crimen organizado y la corrupción. En este trabajo nos centramos esencialmente en la corrupción. A nivel universal y regional algunos instrumentos internacionales incluyen este delito en su articulado¹¹. De ellos, el único que vincula a España es la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (Convención de Mérida), que dispone que los Estados pueden prever este delito cuando sea compatible con su constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. En concreto, el art. 20 dispone expresamente 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 funciona-*

⁵ Cfr. el trabajo de en el que se contiene una detallada lista de países del mundo que han tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, MUZILA, Lindy / MORALES, Michelle / MATHIAS, Marianne / BERGER, Tammar, *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption (StAR Initiative)*, 2012 International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank.

⁶ Como indican MUZILA / MORALES / MATHIAS / BERGER, *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, *cit.*, pg. 7.

⁷ MUZILA / MORALES / MATHIAS / BERGER, *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, *cit.*, pg. 8.

⁸ Cfr. BIKELIS, Skirmantas, “Prosecution for illicit enrichment: the Lithuanian perspective”, en *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 20 Issue: 2, 2017.

⁹ Donde sí que se han elaborado algunos trabajos doctrinales como el de DA SILVA, Germano Marques, “Sobre a Incriminação do Enriquecimento Ilícito (Não Justificação ou Não Declarado – Breves Considerações nas Perspectivas Dogmáticas e de Política Criminal)”, en *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias, Coordenação de Paulo Pinto de Albuquerque*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pgs. 47-64; PEREIRA, João Pedro Gomes, *O crime de enriquecimento ilícito - Os problemas de formulação*, Dissertação de Mestrado Forense na Vertente de Direito Civil e Direito Penal, Universidade Católica Portuguesa. Faculdade de Direito. Escola de Lisboa, 31 de Outubro de 2011.

¹⁰ BLANCO CORDERO, “El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea”, *cit.*

¹¹ Cfr. Sobre la normativa internacional en la materia BLANCO CORDERO, “El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea”, *cit.*; DEL CARPIO DELGADO, “El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional”, *cit.*; MUZILA / MORALES / MATHIAS / BERGER, *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, *cit.*, pgs. 11 ss.

rio público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”. La no incriminación a nivel nacional del enriquecimiento ilícito no implica necesariamente la violación de una obligación internacional, pues un Estado puede invocar que dicho delito vulnera su Constitución o los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. Con todo, es necesario mencionar que la Convención impone la obligación de «considerar la posibilidad» de penalizar el enriquecimiento ilícito. No basta, por ello, con una simple alegación de incompatibilidad con los principios fundamentales o con la Constitución, sino que los Estados tienen el deber de examinar la necesidad de aprobar normas que penalicen el enriquecimiento ilícito¹², algo que deberá realizarse de acuerdo con el sistema político de cada Estado. Los informes que se elaboran en el marco de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción evidencian que los Estados de Europa (Europa occidental) se muestran reacios a la sanción penal del enriquecimiento ilícito por considerar que puede ser contraria a sus respectivas constituciones, esencialmente en lo relativo a la presunción de inocencia y a la inversión de la carga de la prueba que puede suponer dicha infracción penal¹³. Las reticencias a la inclusión de un delito de este tipo quedan claras en las *declaraciones* que han presentado algunos Estados en relación al art. 20. Por ejemplo, *Canadá* señala que el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el mencionado artículo es incompatible con la Constitución de Canadá, con la Carta canadiense de derechos y libertades fundamentales y con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, por lo que no va a establecer el delito de enriquecimiento ilícito¹⁴.

Si bien es cierto que el delito de enriquecimiento ilícito puede ser un instrumento eficaz para hacer frente a la corrupción política, puede no ser una panacea para esta enfermedad que corroe las sociedades modernas. Es ampliamente conocido que son muchas las voces que se alzan contra este delito porque vulnera los derechos humanos, especialmente porque invierte la carga de la prueba del origen de los bienes que incrementan el patrimonio del empleado público debiendo este acreditar la procedencia lícita¹⁵. Es cierto, con todo, que no todas las opiniones van en esta

¹² DEL CARPIO DELGADO, “El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional”, *cit.*, pg. 18.

¹³ Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Grupo de examen de la aplicación. Cuarto período de sesiones. Viena, 27 a 31 de mayo de 2013. Tema 2 del programa provisional. Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. *Aplicación a escala regional del capítulo III (Penalización y aplicación de la ley) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Informe preparado por la Secretaría, CAC/COSP/IRG/2013/10, 12 de marzo de 2013, n° 18.

¹⁴ Asimismo, la República Socialista de *Vietnam* ha realizado una declaración en la que, de acuerdo con los principios del Derecho vietnamita, no considera obligatoria la disposición relativa a la criminalización del enriquecimiento ilícito del art. 20 UNCAC.

¹⁵ Ampliamente sobre este debate *cf.* BOLES, Jeffrey R., “Criminalizing the Problem of Unexplained Wealth: Illicit Enrichment Offenses and Human Rights Violations”, en *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, Vol. 17, No. 4, 2014, pgs. 835-880, pgs. 861 ss.

línea, algunos entienden que no existe la mencionada violación de derechos humanos y que este mecanismo es el proporcionalmente adecuado para hacer frente a esta lacra que supone la corrupción¹⁶. Este debate debe producirse en España, donde el delito de enriquecimiento ilícito ya ha entrado en el debate político e incluso ya existe una propuesta presentada en el Congreso de los Diputados. Veamos las propuestas existentes en España y las dificultades a las que se enfrentan, así como posibles alternativas al delito de enriquecimiento ilícito.

2. Problemas de constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito. Las decisiones de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y Lituania

Son numerosas las opiniones que rechazan al delito de enriquecimiento ilícito por entender que vulnera los derechos humanos, especialmente el derecho a la presunción de inocencia. Con todo, algunos tribunales nacionales han analizado si se puede limitar dicho derecho y si las restricciones que se producen con el delito de enriquecimiento ilícito respetan el principio de proporcionalidad. En este sentido, por ejemplo, el Tribunal de Apelación de Hong Kong¹⁷ (China) en el caso *Attorney General v. Hui Kin Hong* de 1995¹⁸ consideró que la corrupción en una actividad cancerígena que constituye una situación excepcional que justifica la imposición de límites al derecho a la presunción de inocencia. Por ello, los límites a la presunción de inocencias son proporcionales y necesarios para combatir la corrupción. El tribunal destaca las dificultades de prueba de la corrupción y argumenta que está justificada la inversión de la carga de la prueba¹⁹.

Por el contrario, algunos países europeos en los que se ha tratado de introducir el delito de enriquecimiento ilícito, ya sea para hacer frente al crimen organizado o a la corrupción, han visto como el Tribunal Constitucional ha anulado la norma que los incorpora. Ello ocurrió en Italia en 1994, donde tras trágicos eventos protagonizados por la delincuencia mafiosa se trató de incluir un delito que castigaba la desproporción de bienes en relación con las rentas declaradas de los sospechosos de determinados delitos. Con posterioridad Portugal ha seguido el mismo camino declarando inconstitucional el delito de enriquecimiento ilícito aprobado por el

¹⁶ Por ejemplo, KOFELE-KALE, Ndiva, "Presumed Guilty: Balancing Competing Rights and Interests in Combating Economic Crimes", 40 *The International Lawyer*, 2006, pgs. 909-955, pg. 915, considera que no vulnera los derechos humanos, especialmente el derecho a la presunción de inocencia, porque es posible en una sociedad libre y democrática es posible justificar el establecimiento de límites razonables a este derecho, y que es admisible un delito que invierta la carga de la prueba en el acusado para que acredite el origen lícito de sus rentas con base en el criterio de ponderación de probabilidades.

¹⁷ Un análisis crítico de la normativa de este país puede verse en WILSHER, "Inexplicable wealth and illicit enrichment of public officials: A model draft that respects human rights in corruption cases", *cit.*, pgs. 32 ss.

¹⁸ *Attorney General v. Hui Kin Hong*, Court of Appeal no. 52 of 1995.

¹⁹ Sobre esta sentencia *cfr.* MUZILA / MORALES / MATHIAS / BERGER, *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, *cit.*, pg. 31.

parlamento luso. No todos los Tribunales Constitucionales europeos que han valorado este delito han declarado su inconstitucionalidad, como ocurre con el TC de Lituania que rechazó un recurso de inconstitucional contra el precepto que castiga este tipo de conductas en el CP.

2.1. *El delito de enriquecimiento ilícito en Italia*

Un mes después del asesinato del juez Giovanni Falcone en mayo de 1992 se aprobó en Italia un delito (no tanto contra la corrupción, cuanto contra la mafia y sus actividades delictivas) que castigaba la desproporción de bienes en relación con las rentas declaradas o la actividad económica del sujeto, y cuya procedencia legítima este no podía demostrar (introducido mediante la Ley núm. 356/1992, art. 12quinquies, párrafo 2)²⁰. El art. 12 quinquies número 2 castigaba con pena de reclusión de dos a cinco años y el decomiso del dinero, bienes u otras rentas a la persona sometida a un proceso penal (o a alguna de las medidas de prevención personal) por alguno de los delitos que se establecían en el precepto (sobre todo, ligados al crimen organizado, tráfico de drogas, etc.) que, por sí o por persona física o jurídica interpuesta, es titular o tiene la disponibilidad por cualquier título de dinero, bienes u otras rentas de valor desproporcionado en relación con sus ingresos declarados a efectos del impuesto sobre la renta, o con su actividad económica, y de los cuales no puede justificar la legítima procedencia.

Dos años más tarde, en 1994, el Tribunal Constitucional italiano anuló este precepto por vulnerar el artículo 27 de la Constitución italiana que consagra el derecho a la presunción de inocencia²¹. La presunción de inocencia obliga a tratar como inocente a toda persona no condenada en firme, de manera que la condición de procesado (investigado o encausado) no puede servir de base para calificar una específica conducta como delictiva, por mucho que el legislador la considere digna de sanción penal. Señala el TC italiano que el acto debe ser considerado como delito con independencia del hecho de que su autor se encuentre o no sometido a un proceso penal (investigado o encausado), porque tal condición, inestable como toda situación procesal, no legitima ninguna apreciación en términos de desvalor. Lo contrario sería anticipar "efectos" que la Constitución reserva sólo la condena definitiva. El artículo 12-d segundo párrafo fundamenta el presupuesto subjetivo del delito precisamente en la cualidad de investigado o acusado, lo que convierte en punible un hecho - la desproporción no justificada entre bienes e ingresos – que, de otro modo, no sería perseguido. Por ello, la persona investigada o acusada, todavía presunta no culpable, es castigada penalmente por una conducta que, en caso de ser realizada por cualquier otra persona, sería considerada normativamente en términos

²⁰ Pubblicato nella Gazz. Uff. 8 giugno 1992, n. 133 e convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 1992, n. 356 - Gazz. Uff. 7 agosto 1992, n. 185.

²¹ Corte Costituzionale. Sentenza 48, 1994, 09/02/94.

del total indiferencia. El mismo hecho, esto es, disponer de bienes que no guardan proporción con los ingresos legítimos, determina un trato diferente dependiendo de si existe un proceso penal contra una persona. Bastaría, por tanto, una simple *notitia criminis*, a pesar de que carezca de fundamento y sea previsible que se produzca un sobreesimiento, para determinar la aparición de la cualidad que hace punible la conducta, con consecuencias discriminatorias, entre las cuales está la asimilación arbitraria de condiciones (la de condenado y la de acusado) que el constituyente ha entendido claramente separadas. Finalmente, se refiere el TC italiano a los efectos perjudiciales que pueden producirse para el derecho a la defensa de la persona sometida a un proceso penal, puesto que la carga de la prueba del origen de los bienes corresponde al acusado. En efecto, el artículo 12-D, además de prescindir de la condena, impone una justificación cualificada, ya que el acusado debe acreditar la legitimidad del origen de los bienes o rentas. Es evidente que, debiendo la persona acreditar la legítima procedencia de los bienes, no exime de pena la admisión de que dichos bienes proceden del propio delito por el que está sometido a un proceso penal (porque no puede acreditar la legitimidad del origen). Esto permite, aunque solo en algunos casos, el resultado, realmente paradójico, de considerar un mismo hecho punible a título doble: en primer lugar, por la conducta ilícita mediante la que se obtiene la disponibilidad de bienes y, a continuación, por la simple posesión de tales bienes de los cuales no puede acreditar la legítima procedencia. Por todo ello, se declara la inconstitucionalidad del precepto en relación con el art. 27, segundo párrafo, de la Constitución (presunción de inocencia).

2.2. *La Sentencia del Tribunal Constitucional portugués de 2012 (Acórdão N.º 179/2012)*

En Portugal²², el intento de incluir el delito de enriquecimiento ilícito en su Código penal fracasó por la anulación por parte del Tribunal Constitucional (TC) de dicho país. El Parlamento luso aprobó el Decreto n.º 37/XII que incluía el delito de enriquecimiento ilícito en el código penal, tanto de particulares (artigo 335.º-A), como una modalidad agravada cuando fuera cometido por funcionario (artigo 386.º), así como la Ley n.º 34/87, de 16 de julio (artículo 27º-A), que aprobó el régimen de los delitos de responsabilidad de los titulares de cargos políticos²³. Pues

²² Donde sí que se han elaborado algunos trabajos doctrinales como el de SILVA, Germano Marques da, “Sobre a Incriminação do Enriquecimento Ilícito (Não Justificação ou Não Declarado – Breves Considerações nas Perspectivas Dogmáticas e de Política Criminal”, en *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias, Coordenação de Paulo Pinto de Albuquerque*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pgs. 47-64; PEREIRA, João Pedro Gomes, *O crime de enriquecimento ilícito - Os problemas de formulação*, Dissertação de Mestrado Forense na Vertente de Direito Civil e Direito Penal, Universidade Católica Portuguesa. Faculdade de Direito. Escola de Lisboa, 31 de Outubro de 2011.

²³ Este es el texto de las normas impugnadas “Artigo 335.º-A: Enriquecimento ilícito. “ 1 - Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita

determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.

3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada.

4 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

5 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.”

(...)

“Artigo 386. Enriquecimento ilícito por funcionário. 1 - O funcionário que, durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.

3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada, designadamente os constantes em declaração de património e rendimentos.

4 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

5 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de um a oito anos.”

(...)

Alteração à Lei n.º 34/87, de 16 de julho “Artigo 27.º-A. Enriquecimento ilícito. 1 - O titular de cargo político ou de alto cargo público que durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.

3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada, designadamente os constantes em declaração de património e rendimentos.

4 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

5 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.”

(...)

bien, en el uso de sus atribuciones, el Presidente de la República presentó un recurso de inconstitucionalidad contra estas normas alegando que violaban el derecho a la presunción de inocencia. El TC portugués (*Acórdão* N.º 179/2012). concluyó por mayoría (existen votos particulares contrarios) que se trataba de un delito inconstitucional por dos motivos fundamentales: a) inexistencia de un bien jurídico protegido por el delito claramente identificado; b) vulneración del derecho a la presunción de inocencia²⁴.

2.3. El enriquecimiento ilícito en Lituania: regulación considerada hasta el momento como constitucional

Recordemos que Lituania incorporó en diciembre de 2010 el delito de enriquecimiento ilícito en el art. 189 CP de este país. El número primero del art. 189 CP lituano castiga con pena de multa o privación de libertad (custodia de hasta 90 días o prisión de hasta 4 años) a quien posea bienes por valor superior a unos 18.825 euros a sabiendas o pudiendo y debiendo conocer que tales bienes no podrían ser adquiridos con ingresos legítimos. El Tribunal Constitucional de Lituania se pronunció sobre un recurso interpuesto contra el delito que alegaba que este vulneraba la presunción de inocencia y el principio de legalidad (en el que se incluye en la tradición lituana el de proporcionalidad). El Tribunal Constitucional de este país entendió que el recurso no estaba bien planteado desde el punto de vista del cuestionamiento de su constitucionalidad, si bien concluyó que las cuestiones sometidas a su consideración podían solventarse en la práctica judicial²⁵.

El Tribunal Constitucional lituano fue rotundamente claro al rechazar que el precepto implicara la vulneración de la *presunción de inocencia*, que el recurso basaba en el argumento de que el delito forzaba al acusado a autoincriminarse dado que debía informar de sus actividades delictivas que habían originado los bienes que enriquecían su patrimonio. El motivo para rechazar este argumento radica en que el tipo penal del delito de enriquecimiento ilícito (art 189 CP de Lituania) no impone al acusado el deber de explicar el origen de su patrimonio. Y es que el legislador lituano fue muy cuidadoso al elaborar el precepto, procurando evitar cualquier referencia a la obligación del acusado de explicar el origen de los bienes, y haciendo alusión exclusivamente a bienes que el encausado no puede obtener de fuentes legales. La presunción de inocencia obliga a acreditar más allá de toda duda razonable mediante pruebas presentadas por la acusación la existencia de tales bienes, que no pueden haberse obtenido por el acusado de fuentes legales. No es necesario que el acusado justifique el origen de los bienes.

²⁴ Los argumentos pueden verse en el trabajo BLANCO CORDERO, “El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea”, *cit.*

²⁵ *Cfr.* BIKELIS, “Prosecution for illicit enrichment: the Lithuanian perspective”, *cit.*

3. La situación en España: especial referencia a la propuesta del Grupo Parlamentario de Ciudadanos

Si bien España ha ratificado la Convención de Mérida, la legislación penal española no contempla el delito de enriquecimiento ilícito. El motivo, tal y como se deduce del informe de 2011 presentado al Grupo de examen de la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, es que este delito “se considera incompatible con la presunción de inocencia contenida en el artículo 24 de la Constitución española y su interpretación por parte del Tribunal Constitucional. Para la determinación de la responsabilidad penal debe probarse que el incremento del patrimonio del funcionario público tiene como origen cualquiera de las conductas tipificadas en el Código Penal”²⁶. Con todo, los recientes escándalos de corrupción han motivado numerosas iniciativas de los partidos políticos dirigidas a incluir este delito en el CP, si bien todavía sin resultados. En 2014, los Jueces Decanos de España, en su XXIV Reunión Nacional, propusieron una serie de medidas relativas a la corrupción en el Código penal, entre las que se encontraba la introducción del delito de enriquecimiento ilícito o injustificado de cargos públicos durante su mandato²⁷. Especialmente relevante, por razón haber sido tomada en consideración por el Congreso de los Diputados²⁸, es la propuesta del Grupo Parlamentario de Ciudadanos, que ha presentado ante el Congreso de los diputados una *Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes* en la que propone la inclusión de un nuevo precepto en el CP que castigue el delito de enriquecimiento ilícito. Vamos a examinar las propuestas que han surgido de los partidos políticos durante estos últimos años y, posteriormente, estudiaremos con detalle la propuesta del Grupo Parlamentario de Ciudadanos.

3.1. Las propuestas de los partidos políticos

²⁶ Tal y como se desprende del texto de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Grupo de examen de la aplicación. Continuación del segundo período de sesiones. Viena, 7 a 9 de septiembre de 2011 Tema 2 del programa provisional, *Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, CAC/COSP/IRG/I/1/1, 7 de junio de 2011, pg. 11. De acuerdo con las autoridades españolas, la determinación de la responsabilidad penal requiere acreditar que el incremento del patrimonio del funcionario público tiene como origen cualquiera de las conductas tipificadas en el Código Penal.

²⁷ *Conclusiones de la XXIV reunión nacional de Jueces Decanos de España*, Valencia, 1 al 3 de diciembre de 2014, pg. 26, disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Conclusiones-de-la-XXIV-Reunion-Nacional-de-Jueces-Decanos-de-Espana> (última visita 15 de mayo de 2017).

²⁸ TOMA EN CONSIDERACIÓN: 122/000022 Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. Congreso de los Diputados, Serie B: PROPOSICIONES DE LEY, 1 de marzo de 2017 Núm. 33-2. Asimismo, se ha acordado su traslado a la Comisión Constitucional y la apertura de un plazo para presentar enmiendas; PROPOSICIÓN DE LEY: 122/000022 Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes. Acuerdo subsiguiente a la toma en consideración. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. Congreso de los Diputados, Serie B: PROPOSICIONES DE LEY, 7 de marzo de 2017 Núm. 33-3,

Son numerosas las declaraciones de los partidos políticos que se posicionan en favor de introducir el delito de enriquecimiento ilícito en el ordenamiento jurídico español en el marco de diversos documentos sobre regeneración democrática y lucha contra la corrupción. Pero lo que son propuestas presentadas ante el Parlamento, destacan aquellas realizadas en el marco de la reforma del Código penal operada en 2015. Durante la tramitación del proyecto de reforma, que no incluía el delito de enriquecimiento ilícito, diversos grupos políticos presentaron enmiendas que perseguían su incorporación al texto de la reforma, sin éxito.

Así, el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) propuso introducir en el CP un art. 439 bis, cuya rúbrica sería “Del enriquecimiento ilícito de autoridades y funcionarios públicos”, con el siguiente texto: “La autoridad o funcionario público que, sin razón jurídica que lo sustente, experimente un incremento de sus bienes o de su patrimonio durante el ejercicio de su cargo o responsabilidad y no pudiese acreditar su procedencia, incurrirá en la pena de prisión de cuatro a seis años, multa del tanto al triple del valor de dicho incremento e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de cuatro a seis años”²⁹. La justificación de este delito se basaba en razones de prevención general, al destacar que las reformas penales anteriores no habían “sido lo suficientemente contundentes para disuadir las conductas constitutivas de enriquecimiento ilícito” de empleados públicos, y que se había observado el aumento considerable en los últimos años de estas conductas. A ello se añadía la impunidad en la que habían quedado las mismas, “debido a cuestiones procesales o de prescripción del delito”. Por ello, la pena propuesta para el delito era de prisión de cuatro a seis años, de manera que la prescripción de este delito fuese de diez años

Por su parte, el grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda en la que proponía la introducción en el CP de un nuevo Capítulo IX bis «Del enriquecimiento injusto de autoridades y funcionarios públicos» con un único artículo 44 bis que contemplaría: «La autoridad o funcionario público que, sin razón jurídica que lo sustente, experimente un incremento de sus bienes o patrimonio durante el ejercicio de su cargo o responsabilidad y no pueda acreditar su procedencia, será castigado con la pena de prisión uno a tres años, multa del tanto al triplo del valor dicho incremento e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cinco años»³⁰. La escueta motivación de la propuesta señalaba que el delito “responde a una demanda para permitir una mejor persecución de los delitos de corrupción”.

El Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia propuso la introducción en el CP de un nuevo artículo 445 ter, con la rúbrica “Enriquecimiento ilícito

²⁹ Enmienda nº 501, Grupo Parlamentario Catalán (Convèrgencia i Unió), BOCG, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, X LEGISLATURA, PROYECTOS DE LEY, 10 de diciembre de 2014 Núm. 66-2, p. 316.

³⁰ Enmienda nº 757, Grupo Parlamentario Socialista, BOCG, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, X LEGISLATURA, PROYECTOS DE LEY, 10 de diciembre de 2014 Núm. 66-2, pp. 490 y s.

de Altos Cargos y Cargos y con la siguiente redacción: “Los Altos Cargos a los que se refiere la Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, así como todos los Cargos Públicos electos directamente o por designación que, al ser debidamente requeridos a tal efecto por la Oficina de Conflictos de Intereses regulada en la Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o por la Administración de Justicia, no justificaren la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta con el fin de ocultarlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de su cargo y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño, serán castigados con la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones. La misma pena se impondrá a la persona interpuesta para ocultar el enriquecimiento”. La justificación de este precepto se remite a “las demandas de la sociedad actual” que, a juicio del mencionado grupo parlamentario “requieren un mayor control sobre los cargos públicos y los altos cargos de las instituciones”.

Rechazadas todas estas enmiendas y no incluidas en la última reforma del CP de 2015, el movimiento favorable a la tipificación de este delito no ha parado. *Transparencia Internacional España* presentó en 2016 un documento titulado “Propuestas electorales a los partidos políticos para prevenir y combatir la corrupción política e institucional”, en el que proponía a los Partidos políticos un conjunto de cuarenta medidas para prevenir y combatir la corrupción política e institucional en España, de cara a la consideración e inclusión en sus Programas para las Elecciones generales de diciembre de 2016. Entre las medidas de sanción y represión contra la corrupción, la número 28 alude a la “introducción expresa en el Código penal del delito de Enriquecimiento ilícito a que se refiere el art. 20 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003)”³¹.

Algunos partidos políticos, en sus *programas para las últimas elecciones de 2016*, decidieron incluir entre sus objetivos la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito. Entre ellos se encuentra el *Partido Socialista Obrero Español (PSOE)*, en cuyo programa electoral de 2016, en el marco de las medidas preventivas de la corrupción en el sector público, proponía “tipificar el delito de enriquecimiento ilícito que castigue el incremento patrimonial de autoridades y funcionarios públicos, producido durante el período de su mandato, cuando no puedan justificar la causa de este incremento”. Asimismo, el punto 246 del programa electoral de

³¹ Véase Transparency International España, *Propuestas electorales a los partidos políticos para prevenir y combatir la corrupción política e institucional*, http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2015/11/40_medidas_electorales_partidos_prevenir_corrupc.pdf

2016 *Unidos Podemos* proponía la introducción de la figura delictiva de enriquecimiento injusto o ilícito. Este programa señalaba expresamente que “este delito se refiere a la actuación de aquellos altos cargos que, en el marco de la actuación política, sin intervenir directamente en delitos de corrupción, obtienen un beneficio derivado de estos. Complementariamente, incorporaremos el delito agravado de prevaricación administrativa en las contrataciones públicas y en los delitos de cohecho, tráfico de influencias y fraudes a la Administración cometidos a través de partidos políticos. Implementada internacionalmente, esta medida penal será una de las más eficaces contra el enriquecimiento de quienes dirigen organizaciones criminales”.

Por su parte, el *Partido Popular y Ciudadanos* no incluyeron en sus programas para las elecciones de 2016 una referencia a este delito. Sin embargo, el pacto firmado entre PP y Ciudadanos para facilitar la investidura del actual Presidente del gobierno incluye “150 compromisos para mejorar España”. En el marco de la medida de incremento de la transparencia y ejemplaridad en la gestión pública, el punto 106 señala de manera expresa: “incorporar en el Código Penal, en el marco del Pacto de Estado para la Regeneración y la Calidad de la Democracia, el delito de enriquecimiento ilícito, una vez que se tengan todas las garantías sobre su constitucionalidad”.

3.2. La propuesta del Grupo Parlamentario de Ciudadanos en la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes

El Grupo Parlamentario de Ciudadanos presentó en septiembre de 2016 una *Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes*³² en la que propone la tipificación penal del delito de enriquecimiento ilícito. En concreto, la disposición final quinta tiene por objeto la reforma del CP a efectos de incluir, entre otros aspectos³³, el delito de enriquecimiento ilícito mediante la introducción de un nuevo artículo, el art. 440 bis. Dicho precepto (claramente inspirado en el art. 20 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción) pretende hacer responder penalmente a las autoridades y funcionarios que, sin razón jurídica, experimenten un incremento de su patrimonio cuyo origen no puedan acreditar. Textualmente dice el precepto propuesto:

“La autoridad o funcionario público que, durante el ejercicio de su

³² Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie B Núm. 33-1 23 de septiembre de 2016, pgs. 1 22.

³³ Junto con la responsabilidad civil subsidiaria de los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales por los delitos que hayan cometido en el desempeño de sus obligaciones o servicios sus empleados o dependientes, sus representantes, gestores, personas autorizadas, o sus cargos orgánicos, y el decomiso a los bienes, ganancias y efectos de las personas que hubiesen sido condenadas por delitos de prevaricación, tráfico de influencias, o fraude o exacciones ilegales.

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

Procede en este punto realizar un breve análisis del precepto propuesto y de los problemas que puede generar. Señalar que la mayoría de ellos son apreciables en todas las propuestas de los partidos políticos a las que nos hemos referido en el apartado anterior. En efecto, tanto la propuesta del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) como la del grupo Parlamentario Socialista son muy similares a la contenida en la proposición de ley del grupo parlamentario de Ciudadanos. Por esta razón, los inconvenientes del precepto que analizamos se aprecian también en tales propuestas.

El precepto propuesto por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos (y también por el resto de grupos políticos) contiene un *delito especial*, de aplicación a todas las *autoridades y funcionarios públicos* (cuya definición se contiene en el art. 24 CP). Parece excesivo que entren en el marco de aplicación de un delito tan cuestionable todos los empleados públicos. Parece más acertado poner el acento exclusivamente en aquellos que ocupan determinados puestos elevados en la administración³⁴, al estilo de la propuesta del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, que se limitaba a los “Altos Cargos a los que se refiere la Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, así como todos los Cargos Públicos electos directamente o por designación que, al ser debidamente requeridos a tal efecto por la Oficina de Conflictos de Intereses regulada en la Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o por la Administración de Justicia” (propuesta de artículo 445 ter CP). Sería conveniente, asimismo, que el tipo penal aluda de manera expresa a los supuestos en los que el delito se comete no solo por el empleado público directamente, sino también utilizando una persona interpuesta, física o jurídica³⁵.

Se requiere que se constate la existencia de un *incremento de los bienes o patrimonio* del empleado público. Parece conveniente dejar claro que dicho incremento se produce no solo cuando se incrementa el activo del patrimonio, sino también cuando disminuye el pasivo del empleado público mediante la cancelación de deudas, extinción de obligaciones, etc³⁶. Es criticable que no se contenga ninguna

³⁴ Así BLANCO CORDERO, “El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea”, *cit.*, pg. 19.

³⁵ La propuesta Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia se refiere a que el enriquecimiento del patrimonio del alto cargo sea suyo o de persona interpuesta.

³⁶ Algo que sí menciona expresamente la propuesta Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia.

cuantía en cuando al incremento de los bienes o patrimonio (no existe en ninguna de las propuestas de los grupos políticos), algo que permitiría procesar al funcionario que no pudiera explicar ingresos en su patrimonio de cuantías muy pequeñas. Esto contrasta con lo dispuesto en el art. 20 de la Convención de Mérida, cuya descripción alude a un incremento “*significativo*” del patrimonio del empleado público para proceder por este delito, algo que parece exigir una cuantía de cierta relevancia³⁷. Sería conveniente, por lo tanto, incluir algún tipo de cuantía, para evitar la puesta en marcha del aparato penal respecto de casos de cuantías leves o insignificantes.

El hecho de que cualquier empleado público pueda ser sujeto activo y la ausencia de cuantía puede determinar que sea precisamente el funcionario de los niveles bajos, respecto del que se puede acreditar fácilmente una discrepancia (no muy cuantiosa económicamente hablando) entre su patrimonio y sus ingresos lícitos que no puede justificar, quien caería en las redes de este precepto. Los altos cargos que, por razón de sus responsabilidades, tienen más opciones de obtener grandes cantidades de dinero mediante prácticas corruptas, recurrirán a estructuras financieras sofisticadas y de difícil investigación, por lo que, dadas las dificultades de persecución, podrán evitar su procesamiento.

El *período de interés* se refiere a aquella etapa durante la cual el empleado público puede ser considerado responsable de este delito. Los instrumentos internacionales no establecen ningún período a considerar para aplicar el enriquecimiento ilícito, solo hacen referencia a que el sujeto ha de ser un funcionario público, por lo que el período de interés coincidirá, al menos, con el correspondiente al ejercicio del cargo. Esto es precisamente lo que hace la propuesta del Grupo Parlamentario de Ciudadanos³⁸, que se refiere al período del “*ejercicio de su cargo o responsabilidad*”. A nivel del derecho comparado existen básicamente tres modelos: a) el de aquellos países que hacen coincidir el período a analizar con el del ejercicio del cargo por parte del empleado público (Chile, El Salvador); b) el modelo que establece un período de años posterior a la finalización de las responsabilidades públicas (Argentina, Colombia y Panamá establecen un período de cinco años tras el cese en la función pública)³⁹; c) el modelo que deja abierto indefinidamente el período durante el que una persona que ha ejercido un cargo público puede ser considerado responsable del delito de enriquecimiento ilícito (Guyana, Brunéi Darussalam)⁴⁰. En cualquier caso, el objetivo debe ser comprender cualquier enri-

³⁷ Analizando los trabajos preparatorios de la Convención, señalan MUZILA / MORALES / MATHIAS / BERGER, *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, cit., pg. 18, que el objetivo de esta exigencia es que no se aplique este delito de manera irracional.

³⁸ Y del resto de grupos políticos, salvo como veremos la propuesta Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia.

³⁹ La propuesta Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia se refiere a un periodo de hasta dos años después de haber cesado en el desempeño del cargo.

⁴⁰ Información sobre estos modelos puede verse en MUZILA / MORALES / MATHIAS / BERGER, *On*

quecimiento pactado durante el periodo del cargo, pero diferido en cuanto a su ejecución a momentos posteriores al cese en el servicio.

Desde el punto de vista subjetivo se trata de un *delito doloso* (discutible si admite el dolo eventual) que, a diferencia de lo que ocurre en otros países (por ejemplo, el mencionado CP de Lituania) no admite la imprudencia.

La *pena* prevista para este delito parece bastante dura, porque incluye pena de prisión de uno a tres años (la propuesta del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) prevé una pena de prisión de cuatro a seis años y de tres a seis años la propuesta del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia), multa del tanto al triplo del valor del incremento del patrimonio o de los bienes y, en todo caso, inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a cinco años. Esto parece reforzar la opinión de que se trata de un delito de sospecha de corrupción, en el que se utiliza la pena del mismo para castigar la corrupción (no probada). El exceso quizás se centra en que, además de ser un delito de sospecha, invierte la carga de la prueba, por lo que con una estructura tan endeble desde el punto de vista de los derechos fundamentales, de considerarse constitucional (algo que dudamos), parecería conveniente atemperar las penas y, a nuestro juicio, eliminar la pena de prisión, dejando esencialmente las penas de multa e inhabilitación.

Pero quizás el problema más importante es el relativo a la *inversión de la carga de la prueba* y la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que subyace en el precepto, al exigir que el empleado público *acredite la procedencia del incremento* de sus bienes o patrimonio en relación con sus ingresos legítimos. Se trata, por lo tanto, de un precepto muy similar al declarado inconstitucional por el TC portugués y, a nuestro juicio, genera los mismos problemas de compatibilidad con los derechos fundamentales. La legitimidad constitucional de este precepto requiere analizar la forma en que se configura la figura delictiva, especialmente el bien jurídico protegido (o que se pretende proteger) y la estructura típica del delito.

3.2.1. *Bienes jurídicos protegidos por los delitos de los que proceden los ingresos no justificados*

Es importante contextualizar la propuesta de ley de Ciudadanos. Esta surge, como indica su propio título, para hacer frente a la corrupción. La propia exposición de motivos comienza señalando de manera expresa que “la corrupción es la segunda preocupación de los españoles, solo por detrás del paro. Se trata de un problema de especial gravedad, pues no tiene consecuencias únicamente sobre la eficiencia de las Administraciones Públicas ni supone, simplemente, un perjuicio económico a las arcas del Estado. La corrupción es un problema sistémico que afecta al corazón de la democracia”. Por lo tanto, el delito de enriquecimiento ilícito surge para

the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption, *cit.*, pgs. 16 ss.

hacer frente a la corrupción de los empleados públicos (no de los particulares). No se explica, sin embargo, la necesidad de incluir este delito en el CP, pero la idea que subyace en el movimiento que propone su incorporación es que es imprescindible para perseguir la corrupción que, de otro modo, no puede acreditarse.

Se trata, por lo tanto, de un delito que parte del *dato fáctico de las importantes dificultades* que genera la *prueba* de una actividad delictiva cometida por el empleado público, que es la que origina la presencia de un patrimonio que no puede explicar razonablemente. Para paliar estas dificultades se crea un delito basado en la presunción de que el enriquecimiento que no puede justificarse a partir de las actividades conocidas del sujeto debe proceder de una actividad delictiva. Y en el caso de los empleados públicos, esta actividad delictiva lo serán normalmente delitos de corrupción, como malversación, cohecho, tráfico de influencias, uso indebido de información privilegiada, etc. Se recurre así a un tipo penal que crea la sospecha de que el funcionario público se ha enriquecido mediante la comisión de un hecho delictivo⁴¹.

Así configurado, el delito de enriquecimiento ilícito fundamenta su injusto en el menoscabo de los bienes jurídicos vulnerados por la actividad delictiva de la que proceden los bienes que incrementan el patrimonio del funcionario, en este caso los delitos de corrupción. Se trataría, por lo tanto, de un delito cuyo objetivo sería reforzar bienes jurídicos relacionados con la tutela de la Administración pública. Algo que se deriva, como decimos, tanto del propio título y fundamento de la norma propuesta como de la ubicación sistemática del art. 440 bis CP, en el Capítulo IX (De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función) del Título XIX, esto es, entre los delitos contra la Administración pública. Se trata de proteger a la Administración pública sancionando comportamientos posteriores al delito que genera los bienes.

No es ilegítimo sancionar conductas postdelictivas que menoscaban el mismo bien jurídico lesionado por el delito previo, como ocurre, por ejemplo, con la receptación. Sin embargo, la estructura del delito de enriquecimiento ilícito no es semejante al de receptación, que suele circunscribir los delitos previos a aquellos que menoscaban bienes jurídicos patrimoniales o económicos. La tipificación del delito de enriquecimiento ilícito propuesto por el Grupo Parlamentario de Ciudadano, si bien parece dirigirse a tutelar la Administración pública, esto es, los bienes jurídicos que menoscaban los delitos de corrupción, en el fondo no es así. Imaginemos que el empleado público en activo, durante su tiempo libre, se decida a cometer asesinatos por encargo a cambio de dinero. Si se detecta ese dinero en sus cuentas y no acredita su origen en relación con sus ingresos lícitos estaría come-

⁴¹ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII (Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2006), pp. 183 – 222, pg. 194.

tiendo un delito de enriquecimiento ilícito, el cual estaría tutelando no tanto la Administración pública cuanto el bien jurídico menoscabado por el asesinato, esto es, la vida. No parece de recibo afirmar que, si el empleado público se ha enriquecido con bienes que se entregaron como precio por cometer un asesinato, su conducta supone una nueva lesión del bien jurídico vida humana.

Además, la tutela del bien jurídico tutelado por el delito previo no satisface plenamente las exigencias del principio de ofensividad, y podría dar lugar a una política criminal desordenada, ajena a la técnica legislativa más elemental⁴². Esta configuración del delito está penalizando el enriquecimiento ilícito como medio para reforzar la protección de un bien jurídico previamente vulnerado por el delito del que proceden los bienes, cualquiera que sea este. Parece, por lo tanto, que el propósito es castigar, a través del nuevo delito, los delitos generadores del enriquecimiento ilícito cometidos con anterioridad y no esclarecidos procesalmente. No existe un bien jurídico claramente definido. Se castiga para proteger un bien jurídico cualquiera sin definir (por ejemplo, la autonomía intencional del Estado, el patrimonio, la libertad sexual, la salud ...). Su tipificación tiene así un fin preventivo general, en la medida en que se pretende hacer desistir de su propósito al potencial delincuente al disminuir sus posibilidades de disfrutar del dinero de origen delictivo. La norma penal se aplica al empleado público que ha incrementado su patrimonio, pero en realidad va referida a la evitación del delito previo. Se reduce de esta manera el peligro de menoscabo del bien jurídico tutelado por la infracción previa. En definitiva, se trataría de incidir en la mente del potencial delincuente para infundirle la idea de que el delito no es una actividad beneficiosa. De este modo, como decimos, se estarían protegiendo todos los bienes jurídicos tutelados en el Código penal, quedando así incluidos en su ámbito de protección “hechos demasiado heterogéneos en cuanto a su lesividad”⁴³.

Con todo, esto no significa, a diferencia de lo que señala el TC portugués, que el delito sea por ello inconstitucional. Recordemos que la Constitución española, al igual que la alemana⁴⁴, no hace referencia expresa al concepto de bien jurídico ni al principio de necesaria y exclusiva protección de bienes jurídicos. La importancia del bien jurídico como elemento nuclear del sistema ha sido claramente señalada por el propio TC, que expresamente ha indicado que la protección de bienes jurídi-

⁴² En materia de lavado de activos, FABIAN CAPARROS, Eduardo A., *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 1998, pgs. 222-223.

⁴³ Sobre el blanqueo de capitales, ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art 301 CP)*, Iustel, Madrid, 2011, pg. 199.

⁴⁴ Alude a que la Ley Fundamental alemana no ha incorporado la teoría del bien jurídico SCHÜNEMANN, Bernd, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, en Roland Hefendehl (ed.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, s. a., Madrid – Barcelona, 2007, pgs. 197-226, pgs. 209 ss.

cos es requisito indispensable de cualquier limitación de derechos constitucionales⁴⁵. Asimismo, ha considerado que son ilegítimas las normas que protegen bienes o intereses constitucionalmente proscritos o socialmente irrelevantes⁴⁶. El TC español, a falta de referencia constitucional expresa, vincula el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos al principio de proporcionalidad, que el TC infiere de diversos principios constitucionales. En esta línea, el juicio de proporcionalidad ha de partir de “la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”, y que “en esta configuración, que supone un complejo juicio de oportunidad, el legislador goza de un amplio margen de libertad”⁴⁷. Supone esto un reconocimiento extremadamente amplio de la potestad punitiva del legislador, que puede decidir qué son bienes jurídicos. El único límite a esta libertad del legislador para decidir qué constituye un bien jurídico y cómo ha de tutelarse⁴⁸ queda matizada o limitada en el sentido de que, como dice el TC, el bien jurídico se considera presente en la ley siempre que en la misma no concurren objetivos “constitucionalmente proscritos” o “socialmente irrelevantes”. *A sensu contrario*, si la norma tutela bienes o intereses socialmente irrelevantes o constitucionalmente proscritos habrá de ser declarada inconstitucional⁴⁹. Y esto no es lo que ocurre con el delito de enriquecimiento ilícito que se propone.

3.2.2. *Inversión de la carga de la prueba en materia penal: vulneración del principio de presunción de inocencia*

El problema fundamental que plantea el delito de enriquecimiento ilícito es el de su compatibilidad con la Constitución y con las normas de Derechos humanos, dado que *invierte la carga de la prueba* en el ámbito penal. Y es que el sujeto activo del delito, a quien se presume culpable, debe acreditar que no se ha enriquecido mediante la comisión de un delito (“*cuya procedencia no pueda ser acreditada en relación con sus ingresos legítimos*” dice el precepto propuesto). Ello supone, como vamos a ver a continuación, una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. El hecho de que se haya producido un aumento en el

⁴⁵ Así, las SSTC 11/1981, de 8 de abril; 62/1982, de 15 de octubre.

⁴⁶ SSTC 55/1996, FJ 7, 111/1993, FJ 9, 136/1999, FJ 23.

⁴⁷ STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23; también, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6 y ss.; 161/1997, de 2 de octubre, FFJJ 9 y ss.; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4, STC 127/2009, de 26 de mayo, FJ 8; STC 60/2010, de 7 de octubre de 2010, FJ 7.

⁴⁸ ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX (2009), pgs. 61-105, pg. 93, señala que en este punto el TC adopta una posición poco invasora en relación con la protección de bienes jurídicos.

⁴⁹ Como advierte VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, en *Estudios penales y criminológicos*, XXV, 2005, pg. 428.

patrimonio del empleado público y que este no pueda explicar el origen del mismo constituye un indicio fuerte de la existencia de un delito y puede fundamentar el inicio de una investigación penal. Lo que no está justificado es tomar un atajo a través del cual, una vez acreditado el incremento patrimonial, surge la sospecha de comisión de delitos previos y se obliga al sospechoso a demostrar su inocencia⁵⁰.

La *presunción de inocencia* se reconoce expresamente como derecho fundamental en el artículo 24.2 de la Constitución Española. Asimismo, cuenta con amplio reconocimiento a nivel del Derecho internacional de los Derechos humanos. En Europa se reconoce en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), cuyo artículo 6, apartado 2 (derecho a un proceso equitativo) dispone: “*Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*”⁵¹. La *jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (TEDH) ha ido perfilando el contenido de este derecho. De acuerdo con ella, la presunción de inocencia sólo se aplica a favor de la persona contra la que se han presentado cargos. El acusado debe ser tratado como si no hubiera cometido ninguna infracción hasta que se presenten pruebas suficientes para que un tribunal independiente e imparcial lo declare culpable. La presunción de inocencia exige que los miembros del órgano jurisdiccional no tengan la idea preconcebida de que el acusado ha cometido la infracción de la que se le acusa⁵². Además, no debe producirse ningún pronunciamiento judicial sobre la culpabilidad del acusado antes de que éste haya sido declarado culpable por un tribunal. El TEDH ha manifestado que la *carga de la prueba* recae en la acusación y que cualquier duda será favorable al acusado. En consecuencia, corresponde a la acusación presentar las pruebas suficientes para condenarlo⁵³. Con todo, existen algunas situaciones en las que admite que la carga de la prueba no recaiga exclusivamente en la acusación. Esto se debe a que el derecho a ser presumido inocente “no es un derecho absoluto”, sino que puede ser restringido mediante el recurso a *presunciones*. El TEDH señala que todo sistema jurídico conoce presunciones de hecho o derecho a las cuales el CEDH no pone obstáculo siempre y cuando los Estados parte no superen algunos límites razonables que tengan en cuenta la gravedad o importancia de lo que está en juego y que preserven el derecho de defensa (se admite esta posibilidad, por ejemplo, en mate-

⁵⁰ Así HERNÁNDEZ BASUALTO, “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno”, *cit.*, pg. 194.

⁵¹ Asimismo, en el ámbito de la Unión Europea, el artículo 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Presunción de inocencia y derechos de la defensa): “1. *Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente.* 2. *Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa*”.

⁵² Cour Européenne des Droits de l’Homme, *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, 6 diciembre 1988, n° 10590/83, § 77.

⁵³ Cour Européenne des Droits de l’Homme, *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, 6 diciembre 1988, n° 10590/83, § 77.

ria de comiso)⁵⁴. La limitación de la presunción de inocencia, por tanto, está sujeta esencialmente a dos condiciones. En primer lugar, las presunciones han de ser razonables, esto es, han de preverse para supuestos excepcionales, de manera que la regla general sea la de presunción de inocencia. En segundo lugar, exige que la presunción no sea irrefutable, es decir, ha de ser posible presentar prueba en contrario⁵⁵. Partiendo de esta segunda condición, no parece que sea problemático afirmar que el delito de enriquecimiento propuesto *permite rebatir la presunción* de la ilicitud del incremento patrimonial mediante la presentación de los medios de prueba admitidos en Derecho⁵⁶. Por otro lado, como decimos, la limitación del derecho a la presunción de inocencia ha de ser *razonable*, esto es, *proporcionada al fin legítimo perseguido*⁵⁷, lo que requiere valorar la necesidad de la misma (a la que nos referimos más adelante) así como su aplicación por los Tribunales. La aplicación por los Tribunales precisará examinar cómo utilizan la presunción basada en la diferencia patrimonial en el caso concreto. Una aplicación automática que determine que todo incremento patrimonial no justificado da lugar a la sanción penal del sujeto vulnera, a nuestro juicio, el principio de presunción de inocencia. Por el contrario, si además de dicho incremento patrimonial la acusación aporta más elementos de prueba que permitan al Tribunal considerar como probado el hecho presumido, la presunción de inocencia puede resultar suficientemente garantizada⁵⁸.

3.2.3. *Vulneración del derecho a no declararse culpable (nemo tenetur prodere seipsum)*

El delito de enriquecimiento ilícito precisa, además de que se acredite un incremento patrimonial, que el empleado público no justifique razonablemente el carácter lícito del mismo. El problema puede surgir si el empleado decide mantener silencio sobre la procedencia de sus ingresos no justificados durante el proceso penal. Un derecho vinculado a la presunción de inocencia es el que asiste al acusado de *no declararse culpable*. Este implica, entre otras cosas, el derecho a guardar

⁵⁴ Cfr. nuestro trabajo BLANCO CORDERO, Isidoro, “Comiso ampliado y presunción de inocencia”, en *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración*, Puente Aba, Luz María (Directora); Rodríguez Moro, Luis; Zapico Barbeito, Mónica (coordinadores), (Editorial Comares), Granada, 2008, pgs. 69-106. Si bien en esta materia el TEDH considera que el comiso ampliado, sobre el que trata nuestro trabajo, no tiene naturaleza penal.

⁵⁵ Cour Européenne des Droits de l’Homme, *Salabiaku c. France*, 7 octubre 1988, n° 10519/83, n° 28 ; Cour Européenne des Droits de l’Homme, *Pham Hoang c. France*, 22 septiembre 1992, n° 13191/87, n° 243.

⁵⁶ JORGE, Guillermo, “Enriquecimiento ilícito: el silencio de la Corte y las opciones del Congreso”, Comentario al pronunciamiento de la CSJN del 22/12/08 en los autos “Alsogaray, María Julia s/Rec de casación e inconstitucionalidad” (fallos 331:2799). Publicado en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, dirigido por L. G. Pitlevnik, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, vol. 9, pgs. 22-50, pg. 34.

⁵⁷ Cour Européenne des Droits de l’Homme, *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic c. Sweden*, 23 de julio de 2002, no. 36985/97, n° 92.

⁵⁸ JORGE, “Enriquecimiento ilícito: el silencio de la Corte y las opciones del Congreso”, *cit.*, pg. 35.

silencio y a no ser obligado a presentar pruebas que puedan incriminarle. El TEDH entiende que este derecho, que no se menciona específicamente en el CEDH, constituye un principio internacional generalmente reconocido que forma parte fundamental de la noción de proceso justo⁵⁹.

El derecho a guardar silencio *no tiene un carácter absoluto*. De hecho, la jurisprudencia del TEDH ha admitido la posibilidad de derivar inferencias del silencio del imputado. Esto significa que, si el acusado decide mantenerse callado durante un proceso penal, este silencio puede tener implicaciones cuando el tribunal enjuiciador evalúe la prueba en su contra. Ahora bien, el extraer conclusiones desfavorables del silencio del acusado requiere valorar el caso concreto para apreciar la existencia de factores que determinen si se han infringido los derechos a un juicio justo. En particular, si la acusación ha presentado pruebas suficientes en contra del acusado, se pueden extraer conclusiones desfavorables de su silencio. No es incompatible con el CEDH que se exija al acusado que declare; sí lo es una condena que se base única o principalmente en la negativa a declarar⁶⁰. Solo cuando las pruebas contra el acusado “exijan” una explicación que esté en condiciones de dar y no lo haga, puede extraerse la conclusión de sentido común de que no existe ninguna explicación plausible y el acusado es culpable. Ahora bien, tratándose de pruebas escasamente fuertes para fundamentar los argumentos de la acusación, el no responder no justifica razonablemente la conclusión de que el acusado es culpable. En todo caso, como vemos, el Tribunal trata en todo momento de dejar claro que el hecho de que se puedan extraer conclusiones razonables del silencio del acusado no puede suponer que se traslade la carga de la prueba a la defensa, pues ello supondría una vulneración del principio de presunción de inocencia.

La dificultad del delito de enriquecimiento ilícito surge, como hemos dicho, cuando el *acusado decide callarse*⁶¹. La condena del empleado público se va a basar en estos casos exclusivamente en el incremento patrimonial y el silencio del acusado. Creo que esto supondría una vulneración del derecho a un juicio justo, tal y como señala el TEDH. Este derecho solo resulta salvaguardado si, en el caso concreto, la acusación ha 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 tengan una procedencia lícita. En definitiva, el tribunal nacional puede realizar una inferencia del silencio o darle un efecto incriminatorio cuando, en función de las pruebas ya practicadas, puede justificarse excepcionalmente que se extraigan consecuencias negativas del silencio, esto es, si existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado

⁵⁹ Cour Européenne des Droits de l’Homme, *Heaney and McGuinness c. Ireland* n° 34720/97 (21 diciembre de 2000).

⁶⁰ Cour Européenne des Droits de l’Homme, *Murray c. UK*, n° 18731/91 (8 de febrero de 1996).

⁶¹ *Cfr.* sobre la vulneración del derecho a guardar silencio *cfr.* BOLES, “Criminalizing the Problem of Unexplained Wealth: Illicit Enrichment Offenses and Human Rights Violations”, *cit.*, pgs. 869 ss.

una explicación. No es suficiente como prueba incriminatoria la sola existencia de un incremento patrimonial no justificado.

3.2.4. *Otros problemas que puede plantear este delito*

3.2.4.1. Problemas de utilización política

Un precepto tan amplio como el propuesto puede ser utilizado políticamente con fines espurios. En efecto, bastando con constatar una discrepancia entre el valor del patrimonio del empleado público y sus bienes declarados, y siendo este dato un indicio de criminalidad, pueden presentarse denuncias contra todo adversario político con objetivos ilegítimos. Tal y como está el panorama político actual en España, la apertura de diligencias para investigar este hecho, aunque finalmente se sobresea el caso por existencia de una explicación lícita del dicho incremento de patrimonio, puede defenestrar políticamente al político investigado.

3.2.4.2. Dificultades de prueba cuando los bienes están a nombre de terceros (personas físicas o jurídicas) distintos del empleado público

Los importantes casos de presunta corrupción descubiertos en España en los últimos años, especialmente aquellos en los que están implicadas grandes cantidades de dinero, evidencian las dificultades de prueba del enriquecimiento del empleado público. La razón es el recurso a esquemas financieros complejos, en los que el dinero se mueve por numerosos de países, habitualmente paraísos fiscales que no cooperan en la investigación de delitos, y con utilización de multitud de sociedades interpuestas⁶². Normalmente el dinero en estos casos no está a nombre del empleado público corrupto, sino de terceras personas, físicas o jurídicas, que aquel controla. Por lo que, en ocasiones, el dinero no se localiza o, si se logra encontrar, no está a nombre del empleado público, si bien es él quien lo controla (pero esto no se puede probar). Si no se acredita que el dinero pertenece al empleado público difícilmente va a ser de aplicación el delito de enriquecimiento ilícito.

3.2.4.3. Concurso con el delito del que proceden los bienes

Es conveniente determinar si el enriquecimiento ilícito puede entrar en concurso de delitos con el delito del que proceden los bienes. Lo habitual en estos casos será que el empleado público sea encausado por un delito de corrupción en concurso con otro de enriquecimiento ilícito. Si no se llega a acreditar la corrupción y el funcionario no acredita la procedencia de los bienes en relación con sus ingresos legítimos podría ser condenado por enriquecimiento ilícito. No está tan claro, sin embargo, si en caso de que resulte condenado por el delito de corrupción también se le pueda condenar por enriquecimiento ilícito. Entiendo que no puede haber

⁶² Cfr. BIKELIS, "Prosecution for illicit enrichment: the Lithuanian perspective", *cit.*

doble condena por ambos delitos cuando quede acreditado que la totalidad de los bienes que proceden de los delitos de corrupción por los que resulta condenado el empleado público son los que han motivado el incremento en su patrimonio. Una condena por ambos delitos supondría una clara vulneración del principio *ne bis in idem*. En estos casos no habría incremento del patrimonio del empleado público en tanto en cuanto los bienes serían sometidos a decomiso.

Más cuestionable sería el caso en el que la condena por el delito de corrupción no comprenda todos los bienes que incrementan el patrimonio del empleado público y que, por lo tanto, no puede acreditar. Aquí podría plantearse una posible *doble condena*. Con todo, creo que la misma debería evitarse si tales bienes resultan decomisados mediante el recurso a la modalidad del decomiso ampliado (arts. 127 bis, quinquies y sexies). En caso contrario, esto es, si pese a la condena por los delitos de corrupción y el decomiso de los bienes que proceden de tales delitos (o el ampliado) aún permanecen en el patrimonio del empleado público activos cuyo origen no puede acreditar en relación con sus ingresos legítimos, podría plantearse una eventual condena por enriquecimiento ilícito.

3.2.4.4. Problemas de retroactividad

Entre otros problemas que puede plantear el delito de enriquecimiento ilícito propuesto está el relativo a su aplicación en el tiempo. En concreto, si es posible aplicar el delito a incrementos de patrimonio que se han producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta propuesta, en caso de ser aprobada. Desde un punto de vista estático, el patrimonio seguirá incrementado una vez entrada en vigor la ley que introduzca el delito, pese a que los actos que fundamentan dicho aumento patrimonial se hayan producido antes. Sin embargo, la conducta viene descrita con el verbo típico “experimentar” un incremento, algo que parece evidenciar un proceso, esto es, algo dinámico que se ha producido antes del mero análisis estático de un patrimonio que evidencia un aumento. La conducta típica abarca el acto o actos que incrementan el patrimonio del empleado público, por lo que, de acuerdo con el principio de irretroactividad de la ley penal, el delito no va a ser de aplicación a aquellos aumentos patrimoniales habidos antes de la entrada en vigor de la ley⁶³. Por lo que los enriquecimientos anteriores a dicha entrada en vigor quedarán impunes, al menos respecto de este delito. Esto, evidentemente, requerirá acreditar, entre otras cosas, la fecha en la que se produjeron tales actos lucrativos, extremo este muy difícil de probar y que siempre puede dejar abierta la duda, sobre todo cuando se trate del enjuiciamiento de hechos próximos a la entrada en vigor de la ley.

⁶³ Esta parece ser también la postura de los Tribunales de Lituania, *cf.* BIKELIS, “Prosecution for illicit enrichment: the Lithuanian perspective”, *cit.*

4. Necesidad de la intervención penal para hacer frente al enriquecimiento ilícito de empleados públicos: el Derecho administrativo, el Derecho tributario y el decomiso civil

El *principio de necesidad de la intervención penal o principio de intervención mínima* constituye una manifestación del principio de proporcionalidad en sentido amplio -que abarca los de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto- o de prohibición de exceso en el ámbito jurídico-penal. El principio de intervención mínima comprende el *principio de subsidiariedad* del Derecho penal. Posee éste una naturaleza secundaria en relación con el resto de los medios de protección de bienes jurídicos. El recurso al instrumento punitivo ha de tener carácter de *ultima ratio*, presupone siempre la ineffectividad de otros mecanismos de protección menos gravosos para el ciudadano. Sólo está legitimado el recurso a la sanción penal cuando otros medios de control social y otras sanciones de índole civil, administrativa etc., se muestran insuficientes para la tutela de bienes jurídicos⁶⁴. Precisamente la necesidad de introducir el delito de enriquecimiento ilícito requiere valorar si existen medios suficientes para hacer frente a las conductas que castiga. Para recurrir al Derecho penal no basta con afirmar que el arsenal jurídico existente no es suficiente, sino que se ha de acreditar que el fin perseguido solo se puede conseguir con el instrumento punitivo. Por ello, parece conveniente explorar previamente otras opciones no penales y, solo en caso de insuficiencia, recurrir a la norma penal⁶⁵.

4.1. *El Derecho administrativo: infracciones y sanciones por no declarar el patrimonio*

Es necesario, en primer lugar, explorar las opciones que ofrece el *Derecho administrativo*. Entre los mecanismos que existen para prevenir comportamientos corruptos se encuentran los consistentes en obligar a los altos cargos públicos a declarar su patrimonio a efectos de su control público⁶⁶. De este modo, se arroja transparencia sobre su patrimonio y se puede ejercer un control de los posibles aumentos del mismo⁶⁷. El Derecho administrativo sancionador puede utilizarse en este ámbito para sancionar a los altos cargos que no declaren todos sus bienes o presenten declaraciones falsas.

⁶⁴ Ahora bien, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Exigencias sociales y política criminal”, en *Claves de razón práctica*, nº 85, 1998, pgs. 48 ss, pg. 49, ha evidenciado que la mayor implicación del Derecho Penal, en detrimento de otros sectores jurídicos, en la resolución de cuestiones conflictivas ha llevado a una interpretación superficial del principio de subsidiariedad, lo que ha dado como consecuencia que “el resto de las ramas jurídicas deleguen en él la resolución de los conflictos más extremos”.

⁶⁵ Así lo entiende también BOLES, “Criminalizing the Problem of Unexplained Wealth: Illicit Enrichment Offenses and Human Rights Violations”, *cit.*, pgs. 875 ss.

⁶⁶ Cfr. ampliamente BOLES, “Criminalizing the Problem of Unexplained Wealth: Illicit Enrichment Offenses and Human Rights Violations”, *cit.*, pgs. 875 ss.

⁶⁷ WILSHER, “Inexplicable wealth and illicit enrichment of public officials: A model draft that respects human rights in corruption cases”, *cit.*, pgs. 44 ss.

En esta línea, podría ensayarse la opción de establecer infracciones administrativas y sanciones a aquellos altos cargos públicos que no puedan justificar razonablemente el incremento de su patrimonio. *Finlandia* estudió tipificar el delito de enriquecimiento ilícito, pero se estimó que el sistema de control existente sobre los ingresos y activos de los funcionarios públicos ya era suficientemente riguroso⁶⁸. Algún país ha declarado que se consigue un efecto similar a la penalización del enriquecimiento ilícito mediante la imposición legal a todos los funcionarios públicos de la obligación de presentar declaraciones de activos e ingresos y de explicar todo aumento de su patrimonio que consignen en ellas⁶⁹. Evidentemente, si además de tal incremento patrimonial se observan indicios de la comisión de delitos (cohecho, malversación, tráfico de influencias, etc.), entonces habrá que dar traslado a la fiscalía para que se proceda a la investigación penal de los hechos.

Con todo, es cierto que la vía administrativa presenta algunos problemas, esencialmente mencionaré dos. El primero se refiere a que la investigación del patrimonio de los empleados públicos no puede realizarse recurriendo a medidas que supongan una vulneración de sus derechos fundamentales. Dichas medidas solo pueden ser ordenadas por un juez y normalmente por vía penal. Así que difícilmente se podrá conocer el patrimonio del empleado público si no consta en fuentes a las que tiene acceso la administración. El segundo problema alude a la imposibilidad de decomisar los bienes que supongan este incremento, a no ser que se establezca un sistema de decomiso administrativo o de otro tipo.

4.2. *Derecho tributario y delito fiscal*

También hemos de mencionar, en segundo lugar, las opciones que ofrece la *normativa tributaria* a través del concepto de “ganancia patrimonial no justificada”, categoría creada como cierre del impuesto sobre la renta de las personas físicas con la finalidad de que no se quede sin tributar ningún tipo de renta. De esta manera, se gravan aquellos desajustes evidentes entre el patrimonio que posee un sujeto y el que éste declara, cuando no se puede acreditar el origen del mismo o se oculta a la Administración. Se trata, por lo tanto, de rentas cuyo origen es desconocido o incierto, pero aun así deben tributar. Esta categoría sólo puede ser empleada por la Administración Tributaria para descubrir ganancias ocultas, pero no por el contribuyente para

⁶⁸ Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Grupo de examen de la aplicación. Continuación del segundo período de sesiones. Viena, 7 a 9 de septiembre de 2011 Tema 2 del programa provisional, *Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, CAC/COSP/IRG/I/1/1, 7 de junio de 2011, pg. 3.

⁶⁹ Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Grupo de examen de la aplicación Cuarto período de sesiones. Viena, 27 a 31 de mayo de 2013. Tema 2 del programa provisional Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. *Aplicación de los capítulos III (Penalización y aplicación de la ley) y IV (Cooperación internacional) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (examen de los artículos 15 a 29). Informe temático preparado por la Secretaría*, CAC/COSP/IRG/2013/6, 22 de marzo de 2013, pg. 12.

regularizar su situación tributaria. Pues bien, se puede recurrir a esta vía para someter a tributación las rentas del empleado público no justificadas y no declaradas. Y, además, para imponer una sanción al empleado público cuyo patrimonio se incrementa por haber cometido una infracción tributaria. Con todo, la eficacia de esta vía queda en entredicho si tenemos en cuenta que, pagada la cuota defraudada y la eventual multa, puede permanecer renta en el patrimonio del empleado público cuyo origen puede ser de carácter ilícito. Esto no desincentiva en absoluto la corrupción, porque el empleado público sabe que, sea o no descubierto, si no se acredita el origen delictivo de los fondos, algún porcentaje de los mismos quedará en su patrimonio.

Muy conectado con ello es el recurso al *delito fiscal o tributario*⁷⁰. Someter a tributación a los beneficios delictivos supone que todos los ingresos, sean lícitos o ilícitos, deben contribuir a la causa pública⁷¹. Esta está siendo hoy día la vía que se utiliza en España para combatir algunos de los casos más sonados de presunta corrupción, en los que, a falta de pruebas de la comisión de delitos contra la Administración Pública, queda claramente acreditado que un empleado público ha incrementado su patrimonio y, adicionalmente, que no lo ha declarado al fisco. Esto, unido al cumplimiento de los requisitos del tipo del delito fiscal (en España, por ejemplo, la cuantía de la cuota defraudada, que debe ser superior a los 120.000 euros), puede motivar la imposición de una pena de prisión. Precisamente la cuantía exigida en el delito fiscal es un elemento importante, dado que en muchos países el delito de enriquecimiento ilícito no la contiene, con lo que se puede intervenir penalmente incluso cuando el incremento patrimonial sea poco relevante. En caso de que se decida incluir el delito de enriquecimiento ilícito, éste va a entrar en conflicto con el delito fiscal, en la medida en que castigan prácticamente lo mismo (generalmente el empleado público que incrementa injustificadamente su patrimonio no lo declarará a la administración tributaria) generando un concurso de delitos de difícil solución⁷², salvo que la norma lo resuelva expresamente.

Con todo, una laguna importante que surge si se recurre a esta vía se refiere a la posibilidad o no de imponer el *comiso* del incremento patrimonial no justificado. En efecto, la no declaración de los ingresos a la Hacienda Pública y la sanción por delito fiscal no genera de manera inmediata el decomiso de los mismos sino, a lo sumo, la imposición de una multa y la declaración de responsabilidad civil que comprenderá el importe de la deuda tributaria no liquidada⁷³. Por lo que puede

⁷⁰ Cfr. ampliamente BOLES, "Criminalizing the Problem of Unexplained Wealth: Illicit Enrichment Offenses and Human Rights Violations", *cit.*, pgs. 878 ss.

⁷¹ Cfr. GALLANT, Michelle, "Tax and the proceeds of crime: a new approach to tainted finance?", *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 16 No. 2, 2013, pgs. 119-125.

⁷² Sobre este problema en Lituania, cfr. BIKELIS, "Prosecution for illicit enrichment: the Lithuanian perspective", *cit.*

⁷³ DEL CARPIO DELGADO, "El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional", *cit.*, pg. 58, pone el ejemplo de un empleado público condenado por delito fiscal que conservará parte de sus bienes porque no van a ser decomisados.

ocurrir que queden bienes no justificados en el patrimonio del empleado público. Esta laguna sería conveniente cubrirla de algún otro modo, por ejemplo, mediante el establecimiento de alguna modalidad de decomiso (administrativo, civil o de otro tipo) que recaiga sobre aquellos bienes que incrementan el patrimonio del empleado público⁷⁴.

4.3. *El decomiso civil: las Unexplained Wealth Orders (UWOs) del Reino Unido*

Otra alternativa al delito de enriquecimiento ilícito es el recurso al decomiso civil. El comiso ha sido entendido tradicionalmente como una institución de naturaleza claramente penal, que requiere la intervención de un juez que imponga en una sentencia firme la privación de los bienes de origen delictivo y su asignación al Estado. Sin embargo, el comiso penal se revela en algunos casos como un instrumento poco satisfactorio. La necesidad de que exista un proceso penal motiva que, si este no se inicia o una vez comenzado se paraliza, no se pueda imponer el decomiso de manera definitiva. Asimismo, se plantean problemas relacionados con los aspectos *probatorios*, especialmente cuando se trata de delitos de corrupción. Recordemos que el proceso penal requiere que se desvirtúe la presunción de inocencia de manera que se acredite más allá de toda duda razonable la responsabilidad criminal de una persona. Esto puede ser complicado cuando no existan pruebas suficientes para alcanzar la condena del presunto responsable, lo que motivará que no se decomisen los bienes delictivos.

A la vista de la limitada eficacia de la tradicional vía penal, se tiende hoy día hacia enfoques distintos. Se está produciendo, por así decirlo, una *huida del Derecho penal*⁷⁵ y se recurre a mecanismos alternativos para hacer frente a la criminalidad que obtiene grandes beneficios económicos⁷⁶. Entre ellos, por ejemplo, se acude al decomiso de bienes por vía administrativa (*decomiso administrativo*)⁷⁷.

Quizás el más extendido de tales mecanismos es el denominado *decomiso civil*, cuyo origen se encuentra en el Derecho anglosajón pero que se está extendiendo cada vez más a nivel mundial, especialmente en el ámbito latinoamericano. Se trata de lo que se conoce en el *Common Law* como decomiso civil (*civil forfeiture*) y en

⁷⁴ Es complicado, con todo, imaginar una modalidad de comiso de este tipo, dado que en el delito fiscal los bienes no declarados pueden tener origen lícito.

⁷⁵ Cfr. Sobre esta cuestión BLANCO CORDERO, Isidoro, “El decomiso sin condena en la Unión Europea. Análisis de la propuesta de directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia”, en el Libro *Crisis financiera y derecho penal económico*, coord. Por Manuel Maroto Calatayud; Eduardo Demetrio Crespo (dir.), 2014, ISBN 9788415276272, pgs. 149-210.

⁷⁶ Sobre las vías alternativas al Derecho penal cfr. RUI, Jon Petter, “The Civil Asset Forfeiture Approach to Organised Crime. Exploring the Possibilities for an EU Model”, *eu crim 4 / 2011*, pgs. 153- 161, pg. 153.

⁷⁷ Cfr. sobre el decomiso en el Derecho administrativo GOMEZ TOMILLO, Manuel, “Comiso del beneficio ilícito y sanción en el derecho administrativo, en *Revista General de Derecho Administrativo*, N.º. 31, 2012.

América Latina, por influencia de Colombia, como extinción de dominio. A nivel internacional se está imponiendo cada vez más la denominación “decomiso sin condena”. Se manejan asimismo otros nombres para esta institución: pérdida de dominio, decomiso *in rem*, decomiso objetivo... En cualquier caso, lo importante de esta modalidad de decomiso es que tiene *carácter real*, es decir, se dirige contra los bienes, y no naturaleza penal, esto es, no va contra las personas. El decomiso sin condena, al tratarse de una institución real (*in rem*), puede ser impuesto con criterios probatorios menos estrictos que el decomiso penal, no va a ser necesario que lo decrete el juez penal por la comisión de un delito y, desde luego, puede dirigirse contra las personas jurídicas y también contra los herederos de los presuntos responsables penales⁷⁸.

Pues bien, en lo relativo al tema que nos ocupa en este trabajo, el Reino Unido se encuentra inmerso en una reforma de su legislación relativa a la delincuencia económica y la corrupción en la que inicialmente se proponía explorar la posible incorporación del delito de enriquecimiento ilícito⁷⁹, para cumplir así con lo dispuesto en el art. 20 de la Convención de Mérida. La propuesta legislativa definitivamente presentada al parlamento británico omite toda referencia a este delito, lo que hace pensar que, siguiendo las consideraciones realizadas por *Transparency International*, existen dudas sobre su compatibilidad con los derechos humanos. En su informe de 2016, un grupo de trabajo de *Transparency International* del Reino Unido⁸⁰ llega a la conclusión de que la inversión de la carga de la prueba es más aceptable en el contexto civil que en el penal⁸¹. Por ello, propone un mayor uso de los mecanismos de recuperación civil de los activos procedentes de la corrupción mediante el recurso a la privación de bienes no justificados (*Unexplained Wealth Orders* (UWOs), órdenes sobre el patrimonio no explicado o justificado, una

⁷⁸ Cfr. ampliamente BLANCO CORDERO, Isidoro, “Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)”, en el Libro colectivo *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción*, Directores: Eduardo A. Fabián Caparrós, Miguel Ontiveros Alonso, Nicolás Rodríguez García, México, D.F., 2012, pgs. 337-371.

⁷⁹ Inicialmente el *Policy paper* titulado *Action plan for anti-money laundering and counter-terrorist finance*, presentado por *HM Treasury and Home Office* en abril de 2016, señalaba la intención del gobierno británico de explorar la posible incorporación del delito de enriquecimiento ilícito y su compatibilidad con el ordenamiento jurídico interno. Se planteaba una serie de cuestiones respecto del mismo, como sus posibles efectos beneficiosos y el impacto que podría tener en los negocios. Finalmente, el proyecto presentado al parlamento renuncia a la incorporación de este delito, si bien parece acoger la propuesta de *Transparency International UK* de incluir, en lugar de dicho delito, el mecanismo de las *Unexplained Wealth Orders*. Véase TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Empowering the UK to Recover Corrupt Assets: Unexplained Wealth Orders and other new approaches to illicit enrichment and asset recovery*, March 2016. Véase la *Criminal Finances Bill*, en su versión reformada de 3 de abril de 2017.

⁸⁰ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Empowering the UK to Recover Corrupt Assets: Unexplained Wealth Orders and other new approaches to illicit enrichment and asset recovery*, March 2016, p. 24.

⁸¹ También, a juicio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso del decomiso civil de bienes de un antiguo empleado público y sus familiares, véase *Gogitidze and Others v Georgia* (Application no. 36862/05) (Decided 12 May 2015).

especie de decomiso civil)⁸². Pocos países prevén en sus ordenamientos jurídicos estas órdenes sobre el patrimonio no explicado (UWOs)⁸³, básicamente se cita a los Estados de Australia⁸⁴, Colombia e Irlanda⁸⁵. En Australia, por ejemplo, es una institución muy discutida por los problemas constitucionales que plantea, así que no está siendo muy aplicada⁸⁶. Contrasta con ello la situación en Irlanda, donde el índice de éxito de aplicación de esta institución en los procesos en que se ha solicitado es del 100%⁸⁷. Es cierto, con todo, que en estos países es un instrumento previsto para hacer frente a los productos del delito⁸⁸.

En cuanto al proyecto del Reino Unido, las *Unexplained Wealth Orders* (UWOs) constituyen un mecanismo de privación de bienes que tiene naturaleza civil y no penal y permite a las autoridades obtener de un juez una orden para privar de sus bienes a una persona cuyo patrimonio es desproporcionado en relación con sus ingresos conocidos. Dos son los aspectos que destacan de esta modalidad de privación de bienes. En primer lugar, a diferencia del decomiso, *no requiere acreditar la existencia de ninguna actividad delictiva previa* ni una condena por un delito, es suficiente con que se trate de un empleado público y que exista un incremento en su patrimonio que no pueda justificar para que el juez decrete la privación de dicho patrimonio. En segundo lugar, esta institución *invierte la carga de la prueba* de manera que el titular de los bienes debe acreditar que proceden de una fuente lícita⁸⁹. Por lo que, acreditada la desproporción patrimonial, existe la presunción (*iuris tantum*) de que los bienes han sido obtenidos ilícitamente⁹⁰.

⁸² Véase THOMAS-JAMES, Dominic, “Unexplained wealth orders in the Criminal Finances Bill: a suitable measure to tackle unaccountable wealth in the UK?”, *Journal of Financial Crime*, vol. 24, núm. 2, 2017.

⁸³ Sobre la aparición de leyes que prevén este mecanismo *cfr.* SERBY, Tom, “Follow the Money: Confiscation of Unexplained Wealth Laws and Sport’s Fixing Crisis”, en *Sweet & Maxwell’s International Sports Law Review*, 2013, issue 1, pgs. 1-7.

⁸⁴ El primero de ellos fue el Estado de Australia Occidental que introdujo las UWOs en el año 2000 mediante la *Criminal Property Confiscation Act 2000* (

⁸⁵ Así lo indica HAMILTON, Booz Allen, *Comparative evaluation of unexplained wealth orders*. Final Report (2011), disponible en <https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=259190>, pg. 1; TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Empowering the UK to Recover Corrupt Assets: Unexplained Wealth Orders and other new approaches to illicit enrichment and asset recovery*, March 2016, pg. 24.

⁸⁶ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Empowering the UK to Recover Corrupt Assets: Unexplained Wealth Orders and other new approaches to illicit enrichment and asset recovery*, March 2016, pg. 24.

⁸⁷ *Cfr.* REURTS, Natasha, “Unexplained Wealth Laws: The Overseas Experience”, en *The White Collar Crime Centre, Unexplained Wealth Orders: thoughts on scope and effect in the UK*. Briefing Papers. January 2017, pgs. 14-18, pg. 17.

⁸⁸ En cuanto a la experiencia de Australia e Irlanda, *cfr.* REURTS, “Unexplained Wealth Laws: The Overseas Experience”, *cit.*, pgs. 14-18.

⁸⁹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Empowering the UK to Recover Corrupt Assets: Unexplained Wealth Orders and other new approaches to illicit enrichment and asset recovery*, March 2016, pg. 24.

⁹⁰ LEASURE, Peter, “Unexplained Wealth, Burden Shifting, and the Presumption of Innocence” (July 13, 2016). *Global Anticorruption Blog* (June 30, 2016), disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2809227>

El Proyecto que se tramita actualmente en el Reino Unido somete a este mecanismo a las *personas del medio político nacionales y extranjeras* (también conocidas como personas expuestas políticamente (PEP)) así como sus familiares y personas reconocidas como allegados⁹¹. Se establece una presunción, que admite prueba en contrario (*iuris tantum*), de que la desproporción del patrimonio ha sido causada por la comisión de delitos, algo que el afectado puede rebatir justificando que los bienes proceden de una fuente lícita. El proyecto permite asimismo la congelación de los bienes, impidiendo así cualquier transferencia de los mismos que pueda frustrar su privación, por el tiempo necesario para llevar a cabo la investigación y recopilación de pruebas (con varios requisitos al respecto). Existe incluso un umbral mínimo del valor de los bienes que se pueden privar por esta vía, que inicialmente eran 100.000 libras pero que en el proyecto actual se sitúa en 50.000 libras⁹².

Como hemos anticipado ya, este instrumento ha sido objeto de críticas por razón de los problemas constitucionales que puede suponer, especialmente en lo relativo a la inversión de la carga de la prueba⁹³. En efecto, se ha alegado que se trata de una medida punitiva que infringe los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a no declararse culpable. Con todo, tanto en Australia como en Irlanda hasta el momento este instrumento ha conseguido superar estos inconvenientes. Es cierto que es un mecanismo discutible desde la perspectiva de los derechos constitucionales, pues la privación de la propiedad constituye una medida coercitiva altamente intrusiva de los derechos de los ciudadanos (no sólo la propiedad, también puede suponer una intromisión en la libertad e intimidad)⁹⁴. Desde luego que si el Reino Unido sigue con este proyecto deberá enfrentarse a los mismos retos constitucionales.

5. Último recurso: tipificación del delito de enriquecimiento ilícito que no vulnere derechos constitucionales

Una vez exploradas estas opciones, y como último recurso, se puede plantear una eventual tipificación del delito de enriquecimiento ilícito. Cuestión harto difícil por los numerosos problemas que, como vemos, genera un delito de esta índole. Entendemos que no es legítimo un delito de enriquecimiento ilícito cuyo injusto

⁹¹ Sobre estos conceptos véase BLANCO CORDERO, Isidoro, “Las personas expuestas políticamente (PEP). Riesgo de blanqueo para los sujetos obligados”, en *Lavagem de capitais e sistema penal contribuições hispano-brasileiras a questões controvertidas*, organizadores Carla Verissimo De Carli, Eduardo Fabián Caparrós, Nicolás Rodríguez García. - Porto Alegre Verbo Jurídico, 2014, pp. 45-74.

⁹² Véase la *Criminal Finances Bill*, en su versión reformada de 3 de abril de 2017.

⁹³ Cfr. las críticas a la legislación australiana desde la perspectiva constitucional BARTELS, Lorana, “Unexplained wealth laws in Australia”, en *Trends & Issues in Crime and Criminal Justice*, No. 395 (2010), pg. 5.

⁹⁴ También tiene una postura crítica FERNANDEZ-BERTIER, Michaël, “The confiscation and recovery of criminal property: a European Union state of the art”, *ERA Forum* (2016) 17, pgs. 323–342, pg. 332.

radique en la protección de los bienes jurídicos menoscabados por las conductas delictivas que incrementan el patrimonio del funcionario público y que recurra a una inversión de la carga de la prueba. Ahora bien, la introducción del delito de enriquecimiento ilícito no necesariamente va a ser considerado como una vulneración del principio de presunción de inocencia de acuerdo con la doctrina del TC y del TEDH⁹⁵. No se puede aventurar cuál sería la posición de estos tribunales si se le somete a su consideración esta modalidad delictiva en particular. Ya hemos visto que el TEDH admite presunciones en materia penal, si bien han de reunir una serie de requisitos, como que no sean *iuris et de iure*, que sean razonables, que la acusación acredite los elementos base de la presunción y que el imputado pueda aportar prueba en su defensa para destruir los hechos que fundamentan la presunción. Y eso, en principio, se permite en casi todas las legislaciones en las que existe este delito, donde la presunción es claramente rebatible. Recordemos también que este Tribunal suele valorar no tanto el tipo penal que invierte la carga de la prueba, cuanto cómo se aplica por los tribunales nacionales en el caso concreto. Y en este punto creo que sí que pondría el acento el Tribunal europeo, en el sentido de que no consideraría suficiente para condenar a un empleado público la simple prueba de un incremento patrimonial que no puede justificar. Este dato podrá servir como indicio de la comisión del delito que requerirá una investigación más profunda en aras a recopilar más elementos probatorios que permitan llegar a la conclusión de que el empleado público se ha enriquecido ilícitamente⁹⁶. En definitiva, van a ser necesarios más elementos de prueba para fundamentar la condena, como, por ejemplo, que el funcionario lleve a cabo actuaciones manipulativas, de ocultación de los bienes, falsedades, incumplimientos de normas administrativas, etc.

En última instancia, el TEDH tendrá que valorar cómo se ha configurado el injusto del delito analizado. Pienso que los problemas relacionados con la posible inversión de la carga de la prueba se podrían salvar si el delito no estuviera basado en la presunción de que el empleado público ha “mercadeado” con su cargo, sino en el menoscabo de un *bien jurídico propio claramente identificable* que, en este caso, podría centrarse en la *licitud y transparencia de los ingresos patrimoniales de los altos cargos públicos*⁹⁷. De esta manera, no se estaría sancionando un presunto delito previo que no ha quedado probado, sino el menoscabo de un bien jurídico de entidad suficiente para ser protegido por el Derecho penal. A ello quizás habría que incluirle algunos requisitos típicos, como que exista una actividad clandestina y

⁹⁵ Así ASECIO MELLADO, José María, “El delito de enriquecimiento ilícito”, en *El notario del siglo XXI*, Publicado el 12 Julio 2010.

⁹⁶ Así es como se ha operado en Argentina, especialmente en el conocido *caso Alsogaray*, cfr. JORGE, “Enriquecimiento ilícito: el silencio de la Corte y las opciones del Congreso”, *cit.*, pg. 48.

⁹⁷ Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, “El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea”, *cit.*, pg. 19, siguiendo al el Magistrado del Tribunal Constitucional Portugués, Carlos Fernandes Cadilla, en el voto particular formulado a la declaración de inconstitucionalidad de la normativa portuguesa sobre el enriquecimiento ilícito.

ocultadora de los bienes, la posible inclusión de una cuantía económica mínima, e incluso restringir el círculo de sujetos activos a aquellos altos cargos obligados a declarar sus activos e ingresos a efectos de control público.

6. Conclusiones

La frustración que generan los problemas procesales y de prueba para detectar y castigar la corrupción política, que permiten a empleados públicos (fundamentalmente altos cargos) amasar enormes cantidades de dinero sin enfrentarse a un proceso penal, ha motivado que sean numerosos los países que han optado por tipificar penalmente el delito de enriquecimiento ilícito. Se recurre en numerosas ocasiones a presunciones sobre la ilicitud de los bienes del empleado público cuyo patrimonio es desproporcionado respecto de sus ingresos lícitos porque se entiende que ello no vulnera los derechos humanos y que las posibles limitaciones de los mismos guardan una relación de proporcionalidad con el fin perseguido, en este caso el interés público en el combate a la corrupción⁹⁸. En esta línea, se dice que es una paradoja afirmar que la corrupción generalizada supone una violación de los derechos humanos de las víctimas de la misma (la sociedad en su conjunto)⁹⁹, pero que la sanción penal del enriquecimiento ilícito para luchar contra la corrupción vulnera los derechos humanos del acusado (presunto corrupto)¹⁰⁰. La corrupción que asalta los medios de comunicación casi a diario en España ha motivado precisamente que se encuentre en sede parlamentaria una propuesta para tipificar el delito de enriquecimiento ilícito. Corresponderá, por lo tanto, al Parlamento español analizar si el precepto propuesto, similar al previsto en el Convenio de Mérida, respeta los derechos fundamentales, dando así cumplimiento a lo dispuesto en dicho Convenio, que obliga a «considerar la posibilidad» de penalizar el enriquecimiento ilícito.

A nuestro juicio, el delito de enriquecimiento ilícito, tal y como se entiende por los instrumentos internacionales y propuesto por varios grupos parlamentarios españoles, supone una vulneración de la presunción de inocencia y del derecho a no declarar contra uno mismo ni a declararse culpable. Antes de pensar en la incorpo-

⁹⁸ Así WILSHER, “Inexplicable wealth and illicit enrichment of public officials: A model draft that respects human rights in corruption cases”, *cit.*, pg. 45, admite una presunción de corrupción si se redacta cuidadosamente y se contempla como mera regla de prueba.

⁹⁹ *Cfr.* ampliamente PETER, Anne, *Corruption and Human Rights*, Basel Institute on Governance, Working paper series No. 20, September 2015, pgs. 11 ss. No existe, como derecho humano reconocido de manera expresa, el derecho a una sociedad libre de corrupción, como propone KOFELE-KALE, Ndiva, “The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law”, en *International Lawyer* 34, 2000, pgs. 149-178; próximo a este autor SPALDING, Corruption, Andrew Brady, “Corporations and the New Human Right”, en *Washington University Law Review* 91, 2014, pgs. 1365-1428.

¹⁰⁰ Como indica BOLES, “Criminalizing the Problem of Unexplained Wealth: Illicit Enrichment Offenses and Human Rights Violations”, *cit.*, pg. 861.

ración de este delito al ordenamiento jurídico es conveniente analizar su necesidad y, en especial, si existen otros medios menos lesivos de los derechos de los ciudadanos. Es importante, por ello, explorar la vía administrativa, que permite sancionar a aquellos empleados públicos que, obligados a declarar sus bienes, no lo hacen cuando experimentan un incremento en su patrimonio. Entre las posibles consecuencias jurídicas podría incluirse, desde luego, el decomiso (administrativo) de los bienes. Asimismo, en el ámbito penal, el delito fiscal es una herramienta que puede llegar a ser muy eficaz si se consigue encontrar una vía que permita privar al empleado público de los bienes (es conveniente analizar la función de decomiso para decomisar bienes que no integran la cuota defraudada). Finalmente, sería conveniente explorar el decomiso civil, al estilo de la propuesta que se está tramitando en el Reino Unido, si bien es cierto que puede plantear problemas de vulneración de derechos fundamentales.

En último recurso, si el resto de medidas no son eficaces, se puede explorar el diseño de un delito de enriquecimiento ilícito que no viole derechos fundamentales (que no invierta la carga de la prueba) y que se aplique esencialmente a aquellos empleados públicos obligados a declarar sus bienes. Asimismo, la conducta debería requerir no solo la constatación de un aumento patrimonial no declarado, sino también alguna actividad ocultadora que evidencie la intención (dolo) de sustraer dicho aumento del conocimiento y control público. Como cautela, sería conveniente que dicho delito no impusiera penas privativas de libertad, sino esencialmente inhabilitaciones y multas. Además, habría que regular la relación concursal con el delito fiscal que, a nuestro juicio, debería ser de concurso de delitos (menoscaban bienes jurídicos diferentes), si bien, para evitar el *bis in idem*, algunos tipos agravados del delito fiscal no se podrán aplicar si han servido para castigar la conducta de enriquecimiento (si, por ejemplo, se recurre al empleo de personas jurídicas o paraísos fiscales para ocultar el patrimonio, este dato será tenido en cuenta para apreciar la actividad ocultadora propia del enriquecimiento ilícito, pero no podrá ser utilizada para agravar la pena del delito fiscal mediante el art. 305 bis CP).