

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

THE PRESIDENT ET PRO

Revista

Julio 2024

54

Revista Penal

Penal

Julio 2024



Revista Penal

Número 54

Sumario

Doctrina:

- Somnolencia, sueño, conducción errática: reflexiones sobre ausencia de acción, imprudencia y *actio libera in causa*, por Mercedes Alonso Álamo 5
- Criminalidad Estatal-Corporativa en la Industria Extractiva, por María Laura Böhm..... 13
- El verdadero talón de Aquiles del decomiso ampliado, por Beatriz Escudero García-Calderón..... 33
- La nueva regulación de las infracciones (no solo) penales en materia de maltrato a los animales (LO 3/2023, de 28 de marzo), por Pastora García Álvarez 60
- El lado oscuro del Derecho penal: una respuesta criminológica a la predisposición punitiva en la política criminal de las ciencias penales, por Ralf Kölbel..... 84
- Delitos a los que se aplica la prisión permanente revisable: estado de la cuestión, críticas y una propuesta de reforma, por José León Alapont 97
- Remisiones normativas vacías e ineficacia de los delitos de contrabando, por Ángela Matallín Evangelio..... 118
- Sobre la revisión del sistema de aplicación de medidas de seguridad contra pacientes psiquiátricos infractores en el sistema italiano. A propósito de la sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 22 de 2022, por Mena Minafra 138
- Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella, por Francisco Muñoz Conde 169
- El modelo germano de compliance cuasi-penal: análisis en clave de eficacia, por Marina Oliveira Teixeira dos Santos 178
- El delito de enriquecimiento ilícito en Portugal. Desobediencia cualificada y ocultación intencional, por María Quintas Pérez 197
- La regulación de la prisión permanente revisable a debate tras la última jurisprudencia del TEDH, por Margarita Roig Torres 216
- La pena de ergastolo o cadena perpetua italiana tras la reforma legislativa de la modalidad agravada (*ostativa*), por Cristian Sánchez Benítez..... 238
- Autonomía de la responsabilidad (casi-)penal de las personas jurídicas y *compliance* anticorrupción: la lección del sector público, por Vico Valentini..... 270

Sistemas Penales Comparados:

- Plutofilia y Derecho Penal (*Plutophilia and Criminal Law*) 277

Jurisprudencia:

- La pena de prisión permanente revisable como pena proporcionada, taxativa y no contraria a la resocialización: Comentario a la STC 169/2021, de 6 de octubre, por Wendy Pena González 363

- Obituario:** Sergio García Ramírez, por Luis Arroyo Zapatero 367

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Norberto de la Mata Barranco. Univ. País Vasco
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I^o
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Alessandro Melchionda. Univ. Trento
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Damien Nippen (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)
Jiajia Yu (China)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
María Soledad Gil Nobajas y Demelsa Benito Sánchez
(España)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Baris Erman y Saba Üzaltürk (Turquía)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo y Rubén Etcheverry (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELEF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf



El delito de enriquecimiento ilícito en Portugal. Desobediencia cualificada y ocultación intencional

María Quintas Pérez

Revista Penal, n.º 54 - Julio 2024

Ficha Técnica

Autor: María Quintas Pérez

Adscripción institucional: Personal investigación en formación en la Universidad de Salamanca – CIGG. Contratado predoctoral JCYL en periodo de orientación postdoctoral.

ORCID: 0000-0002-6143-3198

Title: The crime of illicit enrichment in Portugal. Qualified disobedience and intentional concealment.

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes. Los múltiples intentos de tipificar el delito de enriquecimiento ilícito y la ley 52/2019. 3. Los tipos de desobediencia cualificada y ocultación intencional. 3.1. Los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos. 3.2. Las obligaciones declarativas. 3.3. Las conductas típicas. 3.3.1. El delito de desobediencia cualificada. 3.3.2. El delito de ocultación intencional de patrimonio. 3.4. La pena y su modulación. 3.5. Relación con otros delitos. Subsidiariedad y concursos. 4. Problemas que plantean. 5. Similitudes y diferencias entre la regulación portuguesa y la española. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

Summary: 1. Introduction. 2. Background. The multiple attempts to typify the crime of illicit enrichment and Law 52/2019. 3. The types of qualified disobedience and intentional concealment. 3.1. Political officeholders and senior public officials. 3.2. Declarative obligations. 3.3. Typical behaviors. 3.3.1. The crime of qualified disobedience. 3.3.2. The crime of intentional concealment of assets. 3.4. The penalty and its modulation. 3.5. Relationship with other offences. Subsidiarity and concurrences. 4. Problems posed. 5. Similarities and differences between Portuguese and Spanish regulation. 6. Conclusions. 7. Bibliography.

Resumen: En el presente trabajo se analiza el nuevo intento de Portugal de sancionar a los servidores públicos que detentan un patrimonio que no se corresponde con sus ingresos lícitos. Para ello, el país vecino ha establecido la obligación para ciertos servidores públicos de indicar en sus declaraciones patrimoniales el origen de las variaciones experimentadas en su patrimonio durante el cargo, sancionando penalmente el incumplimiento de tal obligación. Con esta configuración típica pretende sortear los problemas de constitucionalidad que suelen conllevar la incriminación del enriquecimiento ilícito y que en dos ocasiones determinaron la expulsión de este tipo del ordenamiento portugués. Sin embargo, las dudas que rodean a esta figura no han sido del todo disipadas.

Palabras clave: enriquecimiento ilícito, ocultación intencional, corrupción, Portugal, declaración patrimonial.

Abstract: This paper analyses Portugal's latest attempt to penalize public servants who hold assets that do not correspond to their lawful income. To this end, the neighbouring country has established the obligation for certain public servants to disclose, in their asset declarations, the origin of the variations experienced in their assets during their term of office, penalizing non-compliance with this obligation. With this typical configuration, the aim is to circumvent constitutional challenges often associated with the criminalization of the illicit enrichment and which on two occasions

led to the expulsion of this offence from Portuguese law. However, the doubts surrounding this offence have not been entirely dispelled.

Key words: illicit enrichment, intentional concealment, corruption, Portugal, declaration of assets.

Observaciones: este trabajo se inserta dentro del proyecto de investigación Cumplimiento normativo y protección penal de la administración pública PID2022-138775NB-I00, financiado por Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y por FEDER.

Rec.: 26/02/2024 **Fav.:** 10/05/2024

1. INTRODUCCIÓN

Tras dos declaraciones de inconstitucionalidad, Portugal ha vuelto a introducir el delito de enriquecimiento ilícito. Esta vez ha centrado el núcleo del injusto en la no presentación o la presentación incompleta o incorrecta de ciertas declaraciones de ingresos y patrimonio que están obligados a presentar los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos. El incumplimiento más relevante es el de la obligación de explicar el origen de los bienes adquiridos durante el mandato.

En las siguientes páginas, tras hacer un recorrido por los distintos intentos de introducir el delito en el país vecino, se analizan las conductas sancionadas penalmente en Portugal en 2022 y se apuntan algunos problemas de aplicación práctica y de constitucionalidad que entendemos que presentan.

Este análisis puede resultar especialmente interesante si se tiene en cuenta que el legislador español in-

siste en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre¹, en que el nuevo delito de enriquecimiento ilícito español (tipificado en el artículo 438 bis del Código Penal) sigue el modelo del portugués. Por ello, en el último apartado se lleva a cabo una sucinta comparativa entre las figuras portuguesas y el nuevo tipo español.

2. ANCEDENTES. LOS MÚLTIPLES INTENTOS DE TIPIFICAR EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LA LEY 52/2019

El delito de enriquecimiento ilícito surge en los años 60 del siglo pasado como una herramienta para facilitar la lucha contra la corrupción y el crimen organizado. Fue recibido con entusiasmo en un importante número de ordenamientos de América Latina, Asia y África², sin embargo, en el continente europeo ha topado con mayores reticencias³.

1 Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, consultada en: 02/05/2023, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-21800>.

2 En cuanto a los orígenes del delito, *Vid.* DORNBIERER, A., *Enriquecimiento ilícito: una guía sobre las leyes que abordan los activos de procedencia inexplicable*, Basel Institute on Governance, Basilea, 2022, consultado en: 03/05/2024, https://baselgovernance.org/sites/default/files/2022-04/Illicit_Enrichment_FINAL-ESPANOL-LEARN.pdf, 21 y ss. Sobre la tipificación en Latinoamérica, *Vid.* RODRÍGUEZ GARCÍA, N. / ORSI, O. G., "El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: tendencias y perspectivas", *Cuadernos de Política Criminal*, 116.II, 2015, 201 y ss. / Por citar sólo algunos ejemplos, Argentina cuenta con este delito desde 1964, hoy regulado en el artículo 268 (2) de su Código Penal; en Colombia se introdujo en 1980 y hoy se tipifica en el artículo 412 del Código Penal colombiano, así mismo, en Perú se sancionó por primera vez en 1981, regulándose hoy en el artículo 401 de su Código Penal. En relación con el continente asiático, cabe apuntar que Hong Kong y la India fueron de los primeros Estados en tipificar el enriquecimiento ilícito. En Hong Kong se sanciona desde 1971 (en la Ley de Prevención del Soborno, apartado 10) y en la India desde 1964 (hoy en día en las secciones 13 y 16 de la Ley de prevención de la Corrupción). En África, Egipto introdujo este delito en 1975 (regulado en el artículo 18 de la Ley número 62 de 1975 sobre ganancias ilícitas) y Senegal, en 1981 (hoy se sanciona en base al artículo 163 bis del Código Penal senegalés).

3 En la Unión Europea se propuso la creación de un "delito de posesión de bienes injustificados", pero este no se correspondía plenamente con lo que entendemos por enriquecimiento ilícito. Tal propuesta se hizo en una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, titulada *Productos de la delincuencia organizada Garantizar que el "delito no resulte provechoso"*, COM(2008) 766 final, Bruselas, 2008, consultado en: 03/05/2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0766&from=ES>, 7. El objetivo de este tipo no sería luchar contra la corrupción sino decomisar los bienes procedentes de cualquier delito cuando no hay una condena penal. Permitiría "perseguir los productos del delito en aquellos casos en los que su valor resulte desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario y este tenga contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas". Esta figura parece inspirada en el delito de no justificación de recursos del artículo 321.6 del Código Penal francés, cuya influencia también se aprecia en el tipo del artículo 324 quarter del Código Penal de Luxemburgo. En términos similares se configura el delito de enriqueci-

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción pidió a los Estados ratificantes de la misma que consideraran la posibilidad de introducir este delito, de acuerdo con su Constitución y con los principios orientadores de su ordenamiento jurídico. En ella se define como “el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”⁴.

El delito de enriquecimiento ilícito despertó un gran interés en Portugal. Desde que ratificó la Convención de la ONU en 2007 no han cesado los intentos de tipificarlo⁵. En 2012 casi lo consiguen al aprobarse el Decreto n.º 37/XII⁶ por el que se sancionaba a quien, por sí mismo o por persona interpuesta, natural o jurídica, adquiriera, poseyera o detentase bienes, sin origen lícito determinado, incompatibles con sus rendimientos y bienes legítimos. Este delito podía ser cometido por cualquier persona (también por las jurídicas) pero se preveía una modalidad agravada para el supuesto de que fuera cometido por un funcionario o por el titular de un cargo político o de un alto cargo público. Una vez aprobado, el Presidente de la República portuguesa lo remitió al Tribunal Constitucional para una fiscalización previa de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional portugués (Acuerdo n.º 179/2012⁷) consideró que era inconstitucional al entender que carecía de un bien jurídico protegido definido y que vulneraba el derecho a la presunción de inocencia, al suponer la

inversión de la carga de la prueba e ir contra el derecho a permanecer en silencio y a no autoincriminarse⁸.

En el año 2015, el parlamento aprobó un nuevo decreto (Decreto n.º 369/XII⁹) con la intención de reinstaurar el delito, ahora denominado “enriquecimiento injustificado”. No obstante, la redacción era muy similar a la anterior y nuevamente fue declarado inconstitucional (Acuerdo n.º 377/2015¹⁰). El Tribunal Constitucional portugués consideró que, además de no encontrar un bien jurídico protegido, seguía habiendo dudas en cuanto a las concretas conductas prohibidas. Entre otros puntos, señala que «al considerar punible la verificación de una mera variación patrimonial, o una incongruencia entre dos cantidades —los bienes “poseídos” y los sujetos a declaración— se deja sin identificar el “comportamiento” concreto, comisivo u omisivo, al que se asocia el juicio de disvalor penal. Queda así incumplida la exigencia derivada del artículo 29.1 del CRP [Código Penal de Portugal], según el cual “[n]adie será condenado sino en virtud de ley (...) que declare punible la acción u omisión (...)».

Pese a esta nueva declaración de inconstitucionalidad, las propuestas para tipificar el delito de enriquecimiento ilícito no cesaron y nuevamente se introduce en enero de 2022, mediante la Ley 4/2022, de 6 de enero¹¹. En esta ocasión, tratan de alejarse de los modelos de delito de sospecha y delito de estado para configurarlo como un delito de falsedad¹². El nuevo delito de enriquecimiento ilícito se configura como la sanción frente

miento ilícito lituano, artículo 189¹ del Código Penal. Estos serían algunos de los escasos ordenamientos jurídicos europeos de los que se podría decir, junto con España y Portugal, que cuentan con un delito de enriquecimiento ilícito. En otros, como Italia y Ucrania, fue declarado inconstitucional, aunque en este último se volvió a introducir (también así en Portugal, como veremos).

4 Artículo 20 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada mediante Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, consultada en: 02/05/2023, https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.

5 Ratificada por Portugal mediante Decreto del Presidente de la República número 97/2007 de 21 de septiembre, consultado en: 03/05/2024, <https://files.dre.pt/1s/2007/09/18300/0669706738.pdf>.

6 Decreto número 37/XII, Enriquecimiento ilícito, de la Asamblea de la República, de 10 de febrero de 2012, consultado en: 02/05/2024, <https://acortar.link/1cq79a>.

7 Acuerdo número 179/2012 del Tribunal Constitucional portugués, consultado en: 22/01/2024, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>.

8 Vid. BLANCO CORDERO, I., “El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el tribunal constitucional portugués”, *Revista electrónica de la AIDP*, 2013, A-02, 1, consultado en: 13/02/2024, <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/42235>.

9 Decreto número 369/XII, Enriquecimiento injustificado, de la Asamblea de la República, de 29 de mayo de 2015, consultado en: 02/05/2024, <https://acortar.link/RWcd9p>.

10 Acuerdo número 377/2015 del Tribunal Constitucional portugués, consultado en: 22/01/2024, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150377.html>.

11 Ley 4/2022, de 6 de enero, por la que se amplían las obligaciones de información de los cargos políticos y altos cargos públicos, modificando la Ley 52/2019, de 31 de julio, consultada en: 02/05/2024, <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/4-2022-177160321>.

12 Según la clasificación realizada por CAEIRO en 2011, quien apuntaba que, al menos a nivel teórico, podía distinguirse entre tres modelos de tipificación: “un delito de sospecha, cuyo contenido delictivo se compone de los indicios, todavía no probados, de que el autor ha cometido determinados delitos que le proporcionaron los bienes incongruentes; un delito de estado, cuyo contenido delictivo es la propia incongruencia entre los bienes poseídos o controlados y los ingresos lícitos del autor del autor; o un delito de falsedad”, en el que el núcleo del injuicio se centra en la falsedad u omisión en las declaraciones de elementos del patrimonio que el sujeto estaba obligado a consignar. CAEIRO, P., Sentido e função do instituto da perda de vantagens, relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”),

al incumplimiento de ciertas obligaciones declarativas (de ingresos y patrimonio) previstas en la Ley 52/2019, por la que se aprueba el Régimen de ejercicio de funciones de los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos (en adelante, Ley 52/2019)¹³.

Para ser precisos, la sanción de estos incumplimientos ya estaba prevista en la Ley 52/2019 desde su entrada en vigor, la cual sustituyó a la Ley 4/83, de 2 de abril, de control público de la riqueza de los titulares de cargos políticos¹⁴ y a la Ley 64/93, de 26 de agosto por la que se establece el régimen jurídico de incompatibilidades e impedimentos de los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos¹⁵. Esto supone que lo que se ha anunciado como la introducción del delito de enriquecimiento ilícito han sido modificaciones de esa ley, principalmente la inclusión de la obligación de justificar de donde provienen los aumentos patrimoniales.

La reforma parte de una propuesta realizada por la Asociación Sindical de los Jueces Portugueses (en adelante, ASJP) en abril de 2021¹⁶. Ya en octubre de 2020, con motivo de la consulta pública sobre la Estrategia

Nacional de Lucha contra la Corrupción 2020/2024, esta asociación planteó al Gobierno la introducción de un delito de “enriquecimiento incongruente”. Sin embargo, esta propuesta no fue acogida en la citada estrategia, aprobada en marzo de 2021. El Gobierno consideró que era suficiente la regulación existente en tanto que Ley 52/2019 ya sancionaba la no presentación de la declaración de rendimientos, patrimonio e intereses y la omisión de bienes o rentas en dicha declaración¹⁷. No obstante, la ASJP no cesó en su empeño y en abril de 2021 volvió a proponer la creación de un “delito de ocultación de riqueza adquirida durante el período de ejercicio de las altas funciones públicas”.

En tal propuesta, conscientes de las previas declaraciones de inconstitucionalidad, centra el disvalor normativo en la falta de justificación, en vez de en la ilicitud del enriquecimiento. Plantea “mejorar” la Ley 52/2019 añadiendo el deber de justificar el origen de los bienes adquiridos durante el ejercicio del cargo que superen un determinado valor y creando un delito que sancione la infracción de este deber¹⁸. El bien jurídico

Revista Portuguesa de Ciência Criminal, año 21, n.º 2, abril-junio, 2011, consultado en: 28/01/2024, https://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2011_Sentido_fun%C3%A7%C3%A3o_confisco.pdf, 297 y ss.

¹³ Disponible en: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2019-123610895>, consultada en: 02/05/2024.

¹⁴ Disponible en: https://www.pgdilisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=674&tabela=leis&ficha=1&pagina=1, consultada en: 02/05/2024. En dicha Ley 4/83 la no presentación de las declaraciones se sancionaba con destitución del cargo e inhabilitación para el ejercicio del mismo por un cierto período de tiempo, mientras que la presentación de una declaración falsa se castigaba con el delito de falsas declaraciones, previsto en el artículo 348º-A del Código Penal portugués, todo ello según lo dispuesto en el artículo 3. La Ley 52/2019 añade (artículo 18 de la redacción original) una sanción penal para el caso de no presentación intencional de la declaración señalando que tal omisión será castigada como desobediencia cualificada con pena de hasta tres años de prisión. También sanciona a quien omitiere en la declaración presentada, con intención de ocultarlos, elementos patrimoniales o ingresos que estuviera obligado a declarar en cuantía superior a 50 salarios mínimos mensuales, delito para el que establece una pena de hasta tres años de prisión.

¹⁵ Disponible en: https://www.pgdilisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2134&tabela=leis&so_miolo=, consultada en: 02/05/2024.

¹⁶ ASJP, *Ocultação de riqueza adquirida no período de exercício de altas funções públicas*, 2021, consultado en: 22/02/2024, https://asjp.pt/downloads/propostas_pareceres_estudos/ocultacao_de_riqueza_adquirida_no_periodo_de_exercicio_de_altas_funcoes_publicas.pdf.

¹⁷ La ministra de Justicia también señaló que no procedía insistir en un delito que ya había sido tumbado dos veces por el Tribunal Constitucional. “Estratégia de Combate à Corrupção não vai abranger enriquecimento ilícito”, *Rádio Renascença*, 20 de octubre de 2020, consultado en: 20/07/2023, <https://rr.sapo.pt/noticia/pais/2020/10/20/estrategia-de-combate-a-corrupcao-nao-vai-abranger-enriquecimento-ilicito/211677/>.

¹⁸ ASJP, *Ocultação de riqueza adquirida no período ...*, op. cit., 7. / Este enfoque ya se había estudiado por autores como MARQUES DA SILVA, G., “Sobre a Incriminação do Enriquecimento Ilícito (Não Justificação ou Não Declarado). Breves Considerações nas Perspectivas Dogmáticas e de Política Criminal”, en: PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (coord.), *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, 62; PALMA, M. F., “Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal”, *Anatomia do Crime*, nº 0, 2014, 7; SILVA DÍAS, M. C., “Enriquecimento ilícito/injustificado”, *Julgar*, nº 28, 2016, consultado en: 28/01/2024, <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/01/11-Enriquecimento-ilicito-injustificado-Maria-Carmo-Silva-Dias.pdf>, 313 o Manuel Magalhães e Silva, “Enriquecimento ilícito”, *Diário de Notícias*, 10 de diciembre de 2019, consultado en: 28/01/2024, <https://www.dn.pt/opiniaao/opiniaao-dn/convidados/magalhaes-e-silva-enriquecimento-ilicito-1443293.html>. Este autor tuvo ocasión de presentar sus ideas ante el Parlamento en reiteradas ocasiones. Una de ellas tuvo lugar en 2011 cuando expuso una iniciativa legislativa popular que presentó junto con Manuel Soares (ahora presidente de ASJP y relator de la propuesta) y unos 30.000 ciudadanos, petición resultante de una iniciativa promovida por el periódico *Correio da Manhã*. Debates Parlamentarios, Asamblea de la República, Serie II-B, XII legislatura, sesión legislativa 1, número 047, 2011-09-16. Consultada en: 28/01/2024, <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2b/12/01/047/2011-09-16?sft=true&q=%2522Magalh%C3%A3es%2Be%2BSilva%2522&from=2011%2F10%2F25&to=2011%2F10%2F25#p5>; SOARES, M., “Ocultação de riqueza adquirida no período de exercício de altas funções públicas”, en: PINTO DE ALBUQUERQUE, P. / CARDOSO, P. / MOURA, S. / (coords.), *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e proposta de reforma*, Católica Editora, Lisboa, 2021, 399.

protegido sería la “transparencia en el ejercicio de las funciones públicas”.

Esta vez la propuesta tuvo más éxito. Ocho grupos parlamentarios siguieron sus pasos y presentaron sendos proyectos de ley, presentando también el Gobierno una propuesta de proyecto de ley para introducir este delito¹⁹. La gran mayoría de las propuestas seguían la senda marcada por la asociación de los jueces y proponían mejoras a la Ley 52/2019. Tras varias reuniones, algunos de los grupos parlamentarios acordaron elaborar un texto común que fue aprobado el 19 de noviembre de 2021, promulgándose el 6 de enero la Ley 4/2022, por la cual se amplían las obligaciones declarativas de los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos, modificando la Ley 52/2019, de 31 de julio.

Cabe preguntarse qué cambió en el breve periodo de tiempo que va desde la aprobación de la Estrategia Nacional de Lucha contra la Corrupción hasta la avalancha de nuevas iniciativas para introducir el delito. Pues bien, por esas fechas (9 abril de 2021) se puso fin a la instrucción de la Operación Marqués, en la que el ex primer ministro José Sócrates (del partido que en ese momento gobernaba, el Partido Socialista) estaba siendo investigado por 31 delitos de corrupción pasiva, blanqueo de capitales, falsificación de documentos y fraude fiscal. La resolución del juez de instrucción

causó un gran revuelo puesto que determinó que sólo iría a juicio por 6 de los 31 delitos por los que estaba siendo investigado, al considerar que algunos habían prescrito y que de la comisión de otros no había pruebas suficientes²⁰. También en el mes de abril, saltó a las portadas que la policía había realizado una serie de registros en el Ayuntamiento de Lisboa por posibles delitos de corrupción en procesos urbanísticos, en la denominada Operación Olissipus²¹. Por ello, la prensa acogió la propuesta de la asociación de jueces con gran entusiasmo, llegando a señalar que la sociedad no entendería que el Parlamento no consiguiera sancionar la acumulación indebida de riqueza por los titulares de cargos públicos²².

3. LOS TIPOS DE DESOBEDIENCIA CUALIFICADA Y OCULTACIÓN INTENCIONAL

3.1. Los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos

Sólo pueden cometer los tipos de desobediencia cualificada y ocultación intencional los sujetos obligados a presentar declaraciones patrimoniales por la Ley 52/2019. La lista detallada de servidores públicos sujetos a esta norma se encuentra en los artículos 2 a 5, donde se distingue entre cargos políticos (artículo 2)²³,

19 Un análisis de cada una de las propuestas se puede encontrar en CAEIRO, P., “O enriquecimento ilícito ou injustificado, a ocultação intencional de riqueza e a orelha de Van Gogh”, *Católica Law Review* Vol. V, nº 3, noviembre de 2021, consultado en: 16/02/2024, <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicallawreview/article/view/10316>, 80 y ss.

20 Operação Marquês. Leia aqui as 6.728 páginas da decisão instrutória do juiz Ivo Rosa”, *Observador*, 9 de abril de 2021, consultado en: 18/02/2024, <https://observador.pt/2021/04/09/operacao-marques-leia-aqui-as-6-728-paginas-da-decisao-instrutoria-do-juiz-ivo-rosa/>. Operação Marquês: PGR compreende perplexidade sobre decisão instrutória”, *Público*, 12 de abril de 2021, consultado en: 18/02/2024, <https://www.publico.pt/2021/04/12/sociedade/noticia/operacao-marques-pgr-compreende-perplexidade-decisao-instrutoria-1958186>.

21 Liliana Valente, “Operação Olissipus. Câmara de Lisboa alvo de buscas, PJ investiga suspeitas de abuso de poder e corrupção”, *Expresso* 50, consultado en: 19/02/2024, <https://expresso.pt/politica/2021-04-20-Operacao-Olissipus.-Camara-de-Lisboa-alvo-de-buscas-PJ-investiga-suspeitas-de-abuso-de-poder-e-corrupcao-fa381e71>

22 Inês Cardoso, “Enriquecimento injustificado: será desta?”, *TSF Radio Noticias*, 21 de abril de 2021, consultado en: 19/02/2024, <https://www.tsf.pt/opiniao/enriquecimento-injustificado-sera-desta-13595297.html>. / Sofia Rodrigues, “Proposta dos juizes dá impulso à AR para legislar sobre ocultação de riqueza”, *Público*, 23 de abril de 2021, consultado en: 19/02/2024,

<https://www.publico.pt/2021/04/23/politica/noticia/proposta-juizes-impulso-ar-legislar-ocultacao-riqueza-1959659>. / “¿Será éste el día en que se penalice el enriquecimiento injustificado? Aún no es seguro, pero sin duda éste es el momento en que existe mayor voluntad política y presión pública para que así sea”, apunta Mariana Lima Cunha, “Caso Sócrates é o empurrão que faltava para criminalizar o enriquecimento injustificado?”, *Observador*, 23 de abril de 2021, consultado en: 19/02/2024, <https://observador.pt/explicadores/caso-socrates-e-o-empurrao-que-faltava-para-criminalizar-o-enriquecimento-injustificado/>. / «La decisión de la instrucción del caso que afecta al ex primer ministro socialista José Sócrates “reavivó” el debate en torno a la penalización del enriquecimiento injustificado». Daisy Sampson, «Lucha contra la corrupción para “defender la democracia”», *The Portugal News*, 23 de abril de 2021, consultado en: 19/02/2024, <https://www.theportugalnews.com/es/noticias/2021-04-23/lucha-contra-la-corrupcion-para-defender-la-democracia/59451>.

23 A efectos de esta ley, se consideran como tales) el Presidente de la República; b) el Presidente de la Asamblea de la República; c) el Primer Ministro; d) los miembros de la Asamblea de la República; e) los miembros del Gobierno; f) el Representante de la República en las Regiones Autónomas; g) los miembros de los órganos de autogobierno de las Regiones Autónomas; h) los miembros del Parlamento Europeo; i) los miembros de los órganos ejecutivos de las entidades locales y j) los miembros de los órganos ejecutivos de las áreas metropolitanas y entidades intermunicipales. A efectos de las obligaciones declarativas se equiparán a los titulares de cargos políticos los miembros de los órganos ejecutivos de los partidos políticos de ámbito nacional y autonómico; los candidatos a la Presidencia de la República; los miembros del Consejo de Estado y el Presidente del Consejo Económico y Social.

altos cargos públicos (artículo 3)²⁴ y los Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo y los miembros de los Consejos Superiores (artículo 4)²⁵.

En el artículo 5 se establece que también quedarán sujetos a las obligaciones declarativas previstas en esta ley los jueces y fiscales, no obstante, el texto matiza que tal obligación se cumplirá “de acuerdo con sus respectivos estatutos”. Así mismo, los jueces y fiscales presentarán sus declaraciones ante el Consejo Superior de la Magistratura, el Consejo Superior de los Tribunales Administrativos y Fiscales y el Consejo Superior del Ministerio Público (no ante la Entidad para la Transparencia), quienes serán los competentes tanto para su análisis como para la aplicación del régimen sancionador correspondiente, en los términos de sus respectivos estatutos. Como jueces y fiscales cuentan con su propia regulación, el artículo 13 no los incluye en la obligación de presentar la declaración única en él regulada, pues menciona exclusivamente a los sujetos de los artículos 2 a 4, y, según entendemos, no tienen la consideración de sujeto activo en los delitos de desobediencia cualificada y ocultación intencional regulados en la Ley 52/2019.

La delimitación del campo de sujetos obligados no ha estado exenta de críticas. CARDOSO DA COSTA²⁶ apuntó en sus comentarios a la creación de la Ley 52/2019, que era necesario establecer límites al campo de aplicación de las obligaciones declarativas. Cuestiona este autor que se prevean tales obligaciones incluso para servidores públicos de nivel “parroquial” y que ocupan cargos con niveles inferiores de responsabilidad. Tal ampliación conlleva necesariamente una mayor complejidad en la gestión de las declaraciones, incremento que considera este autor que no compensará la “mayor transparencia” que se pueda obtener. Especialmente cuestionable resulta la inclusión en esta normativa, concebida para los titulares de cargos políti-

cos y administrativos, de jueces y magistrados, cuando estos están regulados por su propio estatuto, de forma que cualquier nuevo instrumento para asegurar una mayor transparencia en el ejercicio de la función judicial debería, en su caso, regularse en tal normativa.

3.2. Las obligaciones declarativas

Según lo previsto en la Ley 52/2019, los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos debe presentar una declaración patrimonial y de intereses al inicio del cargo y actualizarla cuando se produzcan modificaciones relevantes y cuando cesen en el cargo.

La declaración inicial se regula en el artículo 13 de la Ley 52/2019, en el cual se establece que los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos han de presentar, en el plazo de 60 días desde la fecha de inicio del ejercicio de sus funciones, la denominada declaración única. En ella han de consignar: a) la totalidad de las rentas brutas, con indicación de su procedencia, que figuren en la última declaración presentada a efectos de la liquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con indicación de su procedencia; b) la descripción de los elementos de su patrimonio de los que sea titular o cotitular por herencia indivisa y de los que sea propietario, poseedor, gestor, comodatario o arrendatario, ya sea por sí o a través de persona jurídica o física, y se encuentren estos en Portugal o en el extranjero²⁷; c) sus pasivos; d) la promesa de una ventaja patrimonial contraída o aceptada durante el ejercicio de funciones o en los tres años posteriores a su finalización; e) cargos sociales que desempeñen o hayan desempeñado en los tres años anteriores a la declaración, en el país o en el extranjero, en empresas, fundaciones o asociaciones y f) la pertenencia, participación o desempeño de funciones en cualesquiera entidades de carácter asociativo, ejercidas en los últimos

24 Por tales se entienden a) los directivos públicos y los miembros del órgano de administración de una sociedad anónima, que ejerzan funciones ejecutivas; b) los miembros del órgano de administración de una sociedad participada por el Estado, cuando sean nombrados por éste; c) los miembros de los órganos de dirección de empresas que formen parte de los sectores empresariales regionales o locales; d) los miembros de los órganos de dirección de institutos públicos; e) los miembros del consejo de administración de una entidad administrativa independiente y f) los titulares de puestos directivos de primer y segundo grado, y equivalentes y altos cargos de los servicios de ayuntamientos y servicios municipalizados, cuando existan. A su vez, se consideran equiparados a los titulares de altos cargos públicos: a) los jefes de gabinete de los miembros de los gobiernos de la República y regionales y b) los representantes o asesores mandatados por los gobiernos de la República y gobiernos regionales en procesos de concesión o enajenación de bienes públicos.

25 En concreto este artículo extiende las obligaciones declarativas a: a) los magistrados del Tribunal Constitucional; b) los magistrados del Tribunal de Cuentas; c) el Fiscal General de la República; d) el Defensor del Pueblo; e) los miembros del Consejo Superior de la Magistratura; f) los miembros del Consejo Superior de los Tribunales Administrativos y Fiscales y g) los miembros del Consejo Superior del Ministerio Público.

26 CARDOSO DA COSTA, J. M. (Vocal del Consejo Superior de la Magistratura), *Declaração individual sobre o “texto de substituição” dos projectos de lei relativos às obrigações de “transparencia” dos responsáveis políticos e altos funcionários públicos*, 2019, consultado en: 24/07/2023, <https://acortar.link/HeyKsc>, 28 y ss.

27 Lo que incluye, entre otros, inmuebles, acciones, vehículos, carteras de valores y, siempre que superen los 50 salarios mínimos (unos 41.000 euros en 2024), cuentas corrientes bancarias y derechos de crédito.

tres años o que se vayan a ejercer acumulativamente con el mandato.

El legislador parece haber adoptado una interpretación amplia de “patrimonio” puesto que obliga a declarar tanto los bienes de los que sea titular o cotitular por sí mismo el servidor público, como los bienes cuya titularidad detenta a través de una persona interpuesta y que son utilizados por este. Entiende GONÇALVES FERREIRA que la idea de persona física interpuesta debe interpretarse de forma restrictiva y limitar la obligación declarativa al patrimonio detentado por el cónyuge (incluso en régimen de separación de bienes) o pareja de hecho del servidor público²⁸. No obstante, la literalidad de la norma no conduce a tal interpretación. Cabe preguntarse si el examen del patrimonio de terceros, incluso de allegados al servidor público, a efectos de comprobar la veracidad de las declaraciones sería aceptable o legítimo, en tanto que el deber de declarar el patrimonio no se ha previsto para todos los ciudadanos²⁹.

La obligación de declarar las promesas patrimoniales es una de las grandes novedades de la reforma operada por la Ley 4/2022. Con tal previsión se pretenden evitar supuestos como el de un alto cargo que pide a un empresario que no le entregue en ese momento el soborno, sino que espere al final del periodo durante el que debe presentar las declaraciones, con el objetivo de que el pago no sea detectado³⁰. Tal previsión, aunque bien intencionada, no deja de ser un tanto ingenua, pues ni este tipo de acuerdos se suelen dejar por escrito ni va el funcionario corrupto a declararlos, sin mencionar lo complicado que sería probar la relación entre un incremento patrimonial que se produce, tal vez, 10 años después de la realización del acto corrupto con el cargo público desempeñado. Apunta CAEIRO que no es creíble que estas omisiones sean detectables por las autoridades y que cuando lo sean, serán constitutivas de otro delito, como cohecho³¹. A su vez, conviene recordar también que el delincuente querrá disfrutar del producto del acto corrupto en un tiempo prudencial y

que tampoco se fiará de que la otra parte cumpla su promesa con tanto tiempo de por medio, más si tenemos en cuenta que al ser un pacto fuera de la ley, no podría recurrir a los tribunales para hacer valer “su derecho” en caso de incumplimiento.

En los incisos e) y f) lo que se pretende es que declare “intereses” que pueda tener el cargo público que podrían dar lugar a impedimentos o incompatibilidades en el desempeño de sus funciones.

La declaración única deberá actualizarse en ciertos supuestos, según prevé el artículo 14 de la citada ley. Este artículo establece que, en el plazo de 60 días desde el cese en las funciones o, en su caso, el nuevo nombramiento o la reelección, el servidor público deberá presentar una declaración actualizada donde se refleje la evolución patrimonial ocurrida durante el mandato (apartados 1 y 3). Así mismo, deberá presentar una nueva declaración, en un plazo de 30 días, siempre que durante el ejercicio de las funciones (a) se produzca una modificación patrimonial que altere el valor declarado referido a alguno de elementos que deben constar en la declaración única en un valor superior a 50 salarios mínimos mensuales o (b) ocurran hechos o circunstancias que exijan nuevas inscripciones en cuanto a incompatibilidades e impedimentos. Por último, los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos tienen la obligación de presentar una *declaración final actualizada* una vez transcurridos tres años desde la finalización del ejercicio del cargo o función (apartado 4). En cada una de estas declaraciones tendrán que indicar los hechos que dieron origen al incremento de activos, a la reducción de pasivos o al aumento de ventajas patrimoniales futuras cuando su valor fuera superior a 50 veces el salario mínimo nacional vigente a la fecha de la declaración (apartado 6)³².

En el caso de que la declaración única o sus actualizaciones no se presenten, o si se presentan de forma incorrecta o incompleta, la Entidad para la Transparencia³³, responsable del análisis y seguimiento de las de-

28 GONÇALVES FERREIRA, J. A., *Comentário ao Regime do Exercício de Funções por Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2022, 109.

29 Como ya en su día se preguntaba MARQUES DA SILVA, G., “Sobre a Incriminação do Enriquecimento Ilícito (Não Justificação ou Não Declarado). Breves Considerações nas Perspectivas Dogmáticas e de Política Criminal”, en: PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (coord.), *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, 61.

30 Proyecto de Ley 874/XIV/2.ª (IL), julio de 2021, consultado en: 27/01/2024, <https://acortar.link/hpkrzU>, 2.

31 CAEIRO, P., “O enriquecimento ilícito ou injustificado, a ocultação...”, op. cit., 86 y ss.

32 La asociación de los jueces indicaba en su propuesta que en la declaración correspondiente al inicio del cargo (artículo 13) la indicación del origen de los incrementos patrimoniales no es relevante para la protección del bien jurídico en juego, sin embargo, sí lo es en las declaraciones posteriores (artículo 14) ya que permite fiscalizar las variaciones producidas durante el ejercicio del cargo. ASJP, *Ocultação de riqueza...*, op. cit., 12.

33 En la anterior regulación, el control del patrimonio de los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos correspondía al Tribunal Constitucional y la fiscalía general del Estado supervisaba el régimen jurídico de incompatibilidades e impedimentos. / Esta entidad se creó en 2019 y se regula mediante la Ley Orgánica 4/2019, de 13 de septiembre, de Estatuto de la Entidad de Transparencia. Ahí se define como un organismo independiente que colabora con el Tribunal Constitucional, quien determina su sede y sus miembros. En febrero de 2023 se conoció su sede y se espera que empiece a funcionar el 11 de marzo de 2024. Liliانا Coelho, “Entidade para

claraciones presentadas, notificará al titular o ex titular del cargo para que la presente, complete o corrija en el plazo de 30 días consecutivos al vencimiento del plazo para la presentación de la declaración³⁴. Si, tras recibir tal notificación, el servidor público no presenta o corrige la declaración, será destituido de su cargo (sanción administrativa), según lo previsto en el artículo 18 de la Ley 52/2019³⁵, y, eventualmente, podrá ser sancionado en vía penal por las conductas que analizaremos a continuación. Si ya había cesado en el cargo, la sanción prevista es la de inhabilitación, por un período de uno a cinco años, para el ejercicio de cargo que exija tal declaración y que no corresponda al ejercicio de funciones de magistrado de carrera.

3.3. Las conductas típicas

3.3.1. El delito de desobediencia cualificada

En el apartado 1 del artículo 18-A de la Ley 52/2019 se sanciona, como *crimen de desobediencia cualificada*, la no presentación, una vez requerido para ello, de la declaración única, la declaración de rentas, bienes, intereses, incompatibilidades e impedimentos que deben presentar al inicio del ejercicio del cargo los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos, regulada en el artículo 13. La pena prevista es la de prisión, que puede llegar hasta los tres años. Según entendemos, esta pena sería compatible con la sanción administrativa de destitución o inhabilitación.

La conducta típica es la no presentación, una vez requerido para ello, de la declaración patrimonial.

El requerimiento o advertencia para que complete o presente la declaración en el plazo de 30 días, según

avanzaba MARQUES DA SILVA, sería una condición objetiva de punibilidad que se establecería a favor del sospechoso y cuya justificación residiría en la “graveidad y circunstancias especiales de la sanción”³⁶.

En cuanto al tipo subjetivo, entendemos que no cabría la sanción de actuar imprudente al no estar expresamente prevista esta modalidad³⁷. El dolo requeriría el conocimiento del requerimiento realizado para presentar o completar la declaración patrimonial y la voluntad de no contestarlo en forma³⁸. No obstante, consideramos que podría resultar difícil probar la intencionalidad y que los sujetos activos podrían responder diciendo, por ejemplo, que se les pasó el plazo.

Cabe apuntar que encontramos tipos similares en los que se sanciona la no presentación o el falseamiento de las declaraciones patrimoniales, en un buen número de ordenamientos jurídicos³⁹.

3.3.2. El delito de ocultación intencional de patrimonio

En el apartado 2 del artículo 18-A de la Ley 52/2019 se incriminan tres conductas para las que prevé pena de prisión de uno a cinco años, “si no fuesen de aplicación consecuencias punitivas más graves”. Se recoge aquí por tanto la gran novedad introducida por la Ley 4/2022 a resultas de la propuesta formulada por la ASJP: la sanción de la no declaración del origen de los bienes como ocultación intencional del patrimonio.

La primera de las conductas sancionadas (a) es la no presentación, tras la debida notificación, de la declaración que deben presentar al finalizar el mandato o de la declaración que han de presentar en los tres años siguientes a haber cesado en el cargo (apartados 3 y 4 del artículo 14). Es decir, se sanciona la no presentación de

a Transparência deve arrancar até às eleições legislativas.”, *Expresso*, 22 de febrero de 2024, consultado en: 26/02/2024, <https://expresso.pt/politica/2024-02-22-Entidade-para-a-Transparencia-deve-arrancar-ate-as-eleicoes-legislativas-52838fd1>.

34 Una vez esta entidad descubra alguna omisión o inexactitud en las declaraciones, tras notificarlo al implicado, deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Público y del Tribunal Constitucional o de las demás entidades competentes por razón de la materia, para los debidos efectos legales.

35 En concreto, los titulares de cargos públicos electos perderán el mandato, salvo el Presidente de la República y el Presidente de la Asamblea de la República); los titulares de cargos públicos no electos (con excepción del Primer Ministro) serán despedidos y los titulares de altos cargos públicos pueden ser destituidos judicialmente. / El órgano o entidad competente para imponer tal sanción (que no es la Entidad de la Transparencia) y el proceso a seguir difieren según el cargo desempeñado. GONÇALVES FERREIRA, J. A., *Comentário ao...*, op. cit., 156 y ss.

36 MARQUES DA SILVA, G., “Sobre a Incriminação do Enriquecimento...”, op. cit., 56. / Recuerda este razonamiento al apuntado por los tribunales argentinos en relación con el requerimiento para explicar el origen de los bienes en el delito de enriquecimiento ilícito del artículo 268 (2) del Código Penal argentino, por ejemplo, en los casos Pico (sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal de 8 de mayo de 2000) y Alsogaray (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, en sentencia de 9 de junio de 2005, causa número 4787).

37 Señala el artículo 13 del Código Penal portugués que la negligencia sólo es punible en los casos expresamente previstos en la ley.

38 También así lo entiende GONÇALVES FERREIRA, J. A., *Comentário ao...*, op. cit., 160 y s.

39 Por ejemplo, en Argentina, el artículo 268 (3) del Código Penal sanciona al funcionario que, estando obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial, omitiere maliciosamente hacerlo o maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que tales declaraciones deban contener. Consultado en: 06/05/2024, <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-11179-16546/actualizacion>. Así mismo, en Bolivia, el artículo 33 de Ley de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz” sanciona al “que falseare u omitiere insertar los datos económicos, financieros o patrimoniales, que la declaración jurada de bienes y rentas deba contener”. Consultado en: 06/05/2024, <https://acortar.link/OrX4IV>.

determinadas declaraciones, pero no como un delito de desobediencia sino de ocultación intencional⁴⁰.

La segunda conducta incriminada (b) es la de no cumplir la obligación de presentar una nueva declaración, en el plazo de 30 días, cuando en el ejercicio de sus funciones se produzca una modificación patrimonial que altere el valor declarado en cuantía superior a 50 salarios mínimos mensuales (declaración debida en virtud del inciso a) del apartado 2 del artículo 14). En este apartado nada se menciona en relación con una notificación previa puesto que en este caso la entidad fiscalizadora difícilmente podrá tener conocimiento de esta variación como para notificar al titular del cargo⁴¹.

Recordemos que en estas declaraciones se debe indicar el origen de la variación patrimonial, según lo previsto en el apartado 6 del artículo 14 de la Ley 52/2019.

La tercera conducta sancionada (c) es la omisión en las declaraciones presentadas, “con intención de ocultar”, (i) de ciertos elementos patrimoniales (los enumerados en las letras a) a d) del apartado 2 del artículo 13) o (ii) del incremento de la renta, del activo patrimonial o la disminución del pasivo, *o de los hechos que los hayan originado*, cuando el valor supere 50 veces el salario mínimo nacional vigente en la fecha de la declaración. Es la sanción de la omisión, con intención de ocultar, del origen de los incrementos patrimoniales lo que se ha entendido como la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito.

Como avanzábamos, lo que se pretende con la tipificación de estas conductas es poner el foco en la falta de justificación de los rendimientos descubiertos en vez de en su ilicitud para evitar que el tipo sea declarado inconstitucional. Así, si durante el ejercicio del cargo el servidor público adquiere patrimonio y no lo ha declarado o no justifica su origen, será castigado, pero no por presumir que tal patrimonio procede de la comisión de un delito, sino por violar el deber de declarar. A su vez, aunque el origen del incremento patrimonial sea lícito (puede proceder de una herencia, un préstamo o de la lotería), el servidor público realizará la conducta típica

con no presentar la debida declaración, no declarar en ella este incremento o no explicar su origen, si tiene lugar durante el ejercicio del cargo y concurre la intención de ocultar⁴². Además, según los proponentes, esto permitirá que cuando el patrimonio no se encuentre formalmente bajo titularidad del servidor público, una vez probada esa titularidad, este pueda ser sancionado por no haber declarado los bienes⁴³.

En cuanto al tipo subjetivo, nuevamente entendemos que sólo cabría sanción si la conducta se realiza de forma dolosa. El dolo abarcaría el conocimiento de la obligación de presentar las declaraciones o de cumplirlas debidamente y la voluntad de no hacerlo, siendo también necesaria la intención de ocultar el patrimonio. A este respecto, señala la ASJP que este tipo no se basa en ninguna presunción de ilicitud de la acción que da lugar al incremento patrimonial y que la acusación tendrá que probar (a) que hubo adquisición de patrimonio en cuantía relevante, (b) en el período de ejercicio del cargo o en los 3 años siguientes al cese en el mismo y (c) que hubo omisión de declaración y de justificación (d) con la intención de ocultar ese patrimonio⁴⁴. Lo que no tendrá que probar ninguna de las partes es si el elemento patrimonial fue adquirido de forma lícita o no, en tanto que el bien jurídico protegido “transparencia en el ejercicio de altas funciones públicas” se vulnera con la ocultación intencional.

Surge la duda de si las tres conductas incriminadas requieren la intención de ocultar. En la tercera no hay duda, ya que expresamente lo prevé el tipo penal. Sin embargo, en la primera y en la segunda el tipo nada dice, pero, entendiendo que, según su título, lo que se sanciona en este apartado son conductas de ocultación intencional, podría interpretarse que sí se requiere⁴⁵. Según entendemos, tal intención sería un elemento subjetivo del injusto, es decir, un elemento o finalidad distinto del dolo cuya presencia es necesaria para que la conducta sea típica y antijurídica y que determina la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (o una mayor lesión o puesta en peligro). La doctrina

40 Entiende GONÇALVES FERREIRA que al no señalar el tipo que la no presentación de la declaración ha de ser intencional, no se puede considerar que estemos ante un delito de ocultación intencional. Considera además que al no indicar el artículo expresamente que estamos ante un tipo de desobediencia, tampoco podrá ser penado por esta modalidad. Por ello concluye que la no presentación de estas declaraciones en los términos del artículo 14 no podría ser penada como delito. GONÇALVES FERREIRA, J. A., *Comentário ao Regime do Exercício de...*, op. cit., 162.

41 ASJP, *Ocultação de riqueza...*, op. cit., 9. / CAEIRO, P., “O enriquecimento ilícito ou injustificado, a ocultação de..., op. cit., 85 y ss.

42 CAEIRO, P., “O enriquecimento ilícito ou injustificado..., op. cit., 98.

43 Parecer do Conselho de Prevenção da Corrupção sobre os Projectos de Lei 805/XIV/2ª (BE) e 816/XIV/2ª (PS), 2021, consultado en: 13/02/2024, <https://acortar.link/3FmTsg>, 3.

44 ASJP, *Ocultação de riqueza adquirida...*, op. cit., 16.

45 A este respecto, GONÇALVES FERREIRA considera que para sancionar las conductas de los apartados b) y c) será necesario que estas se lleven a cabo con la intención de ocultar la situación patrimonial alterada durante el ejercicio de la función pública. En cuanto a la conducta a), nos remitimos a lo indicado en la nota al pie número 45. GONÇALVES FERREIRA, J. A., *Comentário ao Regime do Exercício de...*, op. cit., 162 y ss.

mayoritaria entiende que los tipos que cuentan con este elemento son incompatibles con la imprudencia, puesto que el ánimo específico implica o presupone el dolo⁴⁶. Consideramos que en este caso el legislador lo emplea para impedir que el delito pueda cometerse de forma imprudente y para adelantar las barreras de protección a un momento anterior a la consumación. Se trataría de un delito de resultado cortado, pues se tipifica una acción (no presentar las declaraciones o presentarlas incompletas o incorrectas) con la que el sujeto pretende alcanzar un resultado posterior (ocultar el origen de su patrimonio), que queda fuera del tipo, siendo indiferente que este se llegue a alcanzar o no.

3.4. La pena y su modulación

En cuanto la pena, es de destacar que en ambos delitos la única pena prevista es la de prisión. En el caso del delito de desobediencia cualificada, la pena puede llegar hasta los tres años de prisión y en el de ocultación intencional, hasta los cinco años⁴⁷.

Consideran los proponentes iniciales de la reforma que el desvalor del injusto es mayor en el caso de la ocultación intencional del patrimonio adquirido en el ejercicio de altas funciones públicas que en el de la (mera) no declaración inicial una vez se accede al cargo, pues en el primer caso estamos ante la falsedad de una declaración con la intención de ocultar y en el segundo ante la desobediencia de una orden legal en la que no se requiere ninguna intención específica⁴⁸.

La pena de uno a cinco años de prisión es la prevista en el Código Penal portugués [artículos 256(4) y 257] para el delito de falsificación de documentos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones, delito que la ASJP considera “de valor jurídico equivalente” al de ocultación patrimonial⁴⁹.

Al comparar estas penas con las penas previstas para otros delitos de corrupción en Portugal, encontramos que la pena de uno a cinco años de prisión también se prevé para el delito de recibimiento u oferta indebida de una ventaja por parte de un funcionario, aunque en este caso de forma alternativa con la de 600 días multa

(artículo 372 CP). En el caso de la corrupción pasiva (artículo 373 CP) y en el de peculado (artículo 375.1 CP) la pena de prisión puede llegar hasta los ocho años.

Ahora bien, a la hora de imponer la pena hay que tener en cuenta lo previsto en el apartado 3 del artículo 18-A de la Ley 52/2019. Este señala que cuando los hechos descritos, tanto en el apartado 1 como en el apartado 2, no vayan acompañados de ningún incumplimiento de las declaraciones a la autoridad fiscal, la conducta será castigada con multa de hasta 360 días. Esto supone que, si el servidor público declaró debidamente su patrimonio y rendimientos a Hacienda, aunque no haya presentado correctamente las declaraciones reguladas en la Ley 52/2019, no será sancionado con pena la de prisión, sino que se le impondrá una pena de multa. El fundamento de tal atenuación de la pena no se entiende. Esta previsión semeja vaciar de contenido a la obligación de presentar las declaraciones patrimoniales. Si, como se ha tratado de defender, el bien jurídico protegido es la transparencia en el ejercicio de las funciones públicas y, en última instancia, el correcto ejercicio de estas, o en todo caso, un bien jurídico diferente al protegido por el delito de fraude fiscal⁵⁰, la sanción por no presentar la declaración patrimonial no puede depender de las declaraciones tributarias. Como señala CAEIRO, el cumplimiento de deberes fiscales carece de relevancia para el bien jurídico transparencia que se dice proteger⁵¹. Coincidimos también con este autor en que el cumplimiento de las obligaciones tributarias debería entenderse, si acaso, como una prueba de que la no presentación o la no inclusión de algún elemento en la declaración patrimonial no fue intencional. Entiende CAEIRO que esta atenuación de pena supone volver a un delito centrado en la posesión sospechosa (por oculta) de ciertos elementos patrimoniales y no en la vulneración de un deber específico de declaración con el que se busca proteger la transparencia en el ejercicio de las funciones públicas⁵².

La ley también prevé consecuencias para el supuesto de que los bienes no consignados en las declaraciones patrimoniales tampoco se hayan incluido en las tributarias. En ese caso, según prevé el apartado 4 del artículo

46 POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto en la dogmática y en el Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 445 y ss.

47 En relación con el delito de ocultación patrimonial no es necesario prever la pérdida del cargo o inhabilitación cómo sí se hace en relación con el de desobediencia cualificada porque el artículo 66 del Código Penal portugués prevé la pena de inhabilitación para los funcionarios que, en el ejercicio de su actividad y por causa de la misma, cometan un delito sancionado con pena superior a tres años de prisión. / Cabe apuntar que en Portugal se puede suspender la ejecución de penas de prisión de hasta cinco años, según se indica en el artículo 50 de su Código Penal.

48 ASJP, *Ocultação de riqueza adquirida no período de exercício* op. cit., 13 y s.

49 ASJP, *Ocultação de riqueza adquirida no período de exercício...*, op. cit., 14.

50 Sobre el bien jurídico protegido en este delito, AIRES DE SOUSA, S., *Os crimes fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*, Almedina, 2021, 232 y ss.

51 CAEIRO, P., “O enriquecimento ilícito ou injustificado...”, op. cit., 87.

52 CAEIRO, P., “O enriquecimento ilícito ou injustificado...”, op. cit., 87.

18-A, el patrimonio “aflorado” de valor superior a 50 salarios mínimos mensuales se gravará en el impuesto sobre la renta de las personas físicas al tipo especial del 80%. Esta previsión también ha generado importantes reticencias en tanto que una tributación del 80% podría considerarse confiscatoria⁵³. Se aprecia que tiene una clara finalidad sancionadora, sin embargo, la finalidad de los impuestos no es ni ha de ser la de sancionar. En este sentido, el Consejo General del Ministerio Público ya apuntaba en sus comentarios que uno de los puntos más problemáticos de la reforma podría ser la dificultad de conjugar la sanción del incumplimiento del deber de declarar con el decomiso del incremento patrimonial no declarado, decomiso que parece haberse configurado “por vía fiscal”, a través del impuesto de la renta de las personas físicas. Tal previsión sería muy difícilmente conciliable con la Constitución portuguesa, sobre todo si finalmente los bienes tienen un origen lícito⁵⁴. Razona este órgano que, si los bienes que llevan al incremento patrimonial no declarado son de origen ilícito, deben ser decomisados, y si son lícitos sería exagerado que debieran tributar a un tipo tan alto por el simple hecho de no haber sido declarados⁵⁵. Conviene recalcar que no hay obligación de declarar fiscalmente los bienes de origen ilícito, de forma que si se prueba tal origen y se condena, por ejemplo, por algún delito de corrupción, parece que estas previsio-

nes no serían de aplicación⁵⁶. Así mismo, hay que tener en cuenta que los delitos de desobediencia cualificada y de ocultación intencional de patrimonio no han sido incluidos en la lista de delitos de la Ley 5/2002, de 11 de enero de 2002 de Medidas de Lucha contra la Delincuencia Organizada, en la que se regula la figura de la *perda alargada* y no está claro si podría resultar de aplicación la *perda clásica*, regulada en los artículos 109 y siguientes del Código Penal portugués⁵⁷, ya que la falta de declaración no es el origen de los bienes⁵⁸.

3.5. Relación con otros delitos. subsidiariedad y concursos

Cabe preguntarse qué sucederá cuando se pruebe que los bienes proceden de un concreto delito de corrupción y se pueda condenar por el mismo.

Según entendemos, en ese caso el delito de desobediencia cualificada podría entrar en concurso de delitos con el delito del que provienen los bienes e incluso con uno de blanqueo de capitales, ello en tanto que buscan proteger bienes jurídicos distintos. Por ejemplo, si un sujeto obligado recibe de un tercero una ventaja patrimonial indebida con motivo del ejercicio de sus funciones, en base a lo previsto en el apartado 1 del artículo 372 del Código Penal portugués, podría ser condenado por un delito de cohecho, para el que se prevé a una

53 Es de destacar que el tipo de gravamen previsto para los incrementos patrimoniales no justificados de valor superior a 100.000 euros es del 60%, según lo indicado en el apartado 17 del artículo 72 del Código del impuesto sobre la renta de las personas físicas portugués.

54 Parecer del Consejo General del Ministerio Público sobre los proyectos legislativos 798/XIV/2ª (PCP), 805/XIV/2ª (BE), 807/XIV/2ª (CHEGA), 816/XIV/2ª (PS) e 843/XIV/2ª (PAN), 2021, consultado en: 24/07/2023, <https://acortar.link/Q4ekPP>, 9 y ss. En el proyecto 805/XIV/2ª se preveía una tasa del 100% para los incrementos patrimoniales no justificados que superaran los 50 salarios mínimos mensuales. Así mismo, se recuerda en este informe que las manifestaciones de riqueza y otros incrementos patrimoniales injustificados también son objeto de tributación, según lo dispuesto en el artículo 89-A del Decreto Ley 398/98, de 17 de diciembre, Ley General Tributaria (aunque es dudosa la efectiva aplicación práctica de este precepto).

55 Lo mismo advertía años atrás CONDE CORREIA, J., *Da proibição do confisco à perda alargada*, *Imprensa Nacional*, Casa da Moeda, Lisboa, 2012, 45, a través de: SILVA DIAS, M. C., *Enriquecimento ilícito/ilícito/injustificado*, *Julgur*, nº 28, 2016, consultado en: 05/02/2024, <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/01/11-Enriquecimento-il%C3%ADcito-injustificado-Maria-Carmo-Silva-Dias.pdf>.

297. Expone que hacer tributar a los rendimientos ilícitos sería convertir al Estado en una especie de receptor, pues se beneficiaría de los beneficios resultantes de la práctica de crímenes.

56 AIRES DE SOUSA, S., «“Crime doesn’t pay”: a ocultação de rendimentos de origem criminosa e o tipo legal de fraude fiscal (ou da impossibilidade de um “mal jurídico” se transformar em um bem jurídico-penal)», en: MACHETE, P. / DE ALMEIDA RIBEIRO, G. / CANO-TILHON, M. (orgs.), *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Manuel da Costa Andrade*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2023, 471 y ss. Entre otros motivos, porque ello iría contra el derecho a no autoincriminarse.

57 La diferencia entre estas dos figuras reside en que la clásica requiere la demostración del vínculo entre el hecho ilícito y el bien que se pretende decomisar mientras que la *perda alargada* no incide propiamente sobre bienes concretos sino sobre el valor correspondiente a la diferencia entre los bienes del demandado y sus ingresos lícitos. Requiere condena por alguno de los delitos del artículo 1.a) de la Ley 5/2002, la existencia de un patrimonio en posesión o mero control y en beneficio del condenado que difiera del que podría obtener de sus ingresos lícitos y la demostración de que tal patrimonio es desproporcionado en relación con sus ingresos lícitos. Acuerdos del Tribunal de Apelación de Oporto proceso número 1653/12.2 JAPRT.A.P1de 11 de junio de 2014 y 1653/12.2JAPRT.P1 de 17 de septiembre de 2014. / CRUZ SANTOS, C., “A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência”, en: CRUZ SANTOS, C. / BIDINO, C. / THAÍS DE MELO, D., *A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 148. / CAEIRO, P., “Sentido e função do instituto da perda de vantagens...”, op. cit., 306 y ss.

58 MARQUES DA SILVA, G., “Sobre a Incriminação do Enriquecimento...”, op. cit., 61.

pena de hasta cinco años de prisión o de multa de hasta 600 días. Si además no presenta la declaración única, podría ser sancionado, por un delito de desobediencia cualificada, con pena privativa de libertad de hasta tres años de prisión, además de ser destituido de su cargo⁵⁹. En este caso no sería necesario comprobar las declaraciones tributarias del sujeto a los efectos de sustituir la pena de prisión por la de multa puesto que, al provenir el incremento patrimonial de la comisión de un delito, no sólo no lo habrá declarado, sino que tampoco tendría la obligación de hacerlo. En cualquier caso, consideramos que lo más respetuoso con el principio de proporcionalidad hubiera sido establece una cláusula de subsidiariedad como la prevista para el delito de ocultación intencional del patrimonio, delito más grave que el de desobediencia cualificada (tanto por el disvalor que supone como por la pena que lo acompaña). Al no constar tal previsión, sería conveniente que el juez aplicase la pena de prisión en su mínima expresión, dada la escasa lesividad de la conducta sancionada por este delito y la previsión de la aplicación subsidiaria para un tipo más grave.

De no probarse que los bienes provienen de la comisión de un delito, el tipo de desobediencia cualificada podría entrar en concurso con un delito de fraude fiscal, tipificados en los artículos 103 a 105 de la Ley 15/2001, de 5 de julio, del régimen general de las infracciones tributarias. La pena prevista para el tipo básico es de hasta tres años de prisión y multa de hasta 360 días, pudiendo llegar a los cinco años de prisión si se dan ciertos supuestos, como que se trate de un servidor público que haya cometido los hechos abusando de su cargo, haya falsificado documentos o que la ventaja patrimonial supere los 50.000 euros. Si excede de los 200.000 euros, la pena a imponer será de 2 a 8 años de prisión. Según entendemos, en el hipotético caso de que no declare los bienes en el ámbito tributario y tampoco presente la declaración única, tras el requerimiento de la Entidad para la Transparencia, se aplicaría tanto este delito como el de desobediencia cualificada, por el que procedería imponer la pena de hasta tres años de prisión, tributando el patrimonio superior a 50 salarios mínimos mensuales en el impuesto sobre la renta de las personas físicas al tipo especial del 80%.

Por otra parte, GONÇALVES FERREIRA recuerda que en Portugal existe un delito de desobediencia a la autoridad con el que este tipo podría entrar en concur-

so. Tal delito, tipificado en el artículo 348 del Código Penal, establece que quien “no obedeciere una orden o mandato legítimos, debidamente comunicado y emanado de autoridad o funcionario competente, será castigado con pena privativa de libertad no superior a un año o con multa no superior a 120 días si: (a) una disposición legal prevé, para el caso, la pena de desobediencia simple; o (b) a falta de disposición legal, la autoridad o funcionario dicta la correspondiente disposición”. La pena será de prisión de hasta 2 años o multa de hasta 240 días cuando una disposición legal prevea la pena de desobediencia cualificada. En el caso del tipo en estudio, estamos ante un delito de desobediencia cualificada y sin embargo la pena prevista es superior al tope de los dos años establecido en el apartado 2 del artículo 348. Por ello, entiende este autor que existen serias dudas en cuanto a la legalidad de la pena prevista para el delito de desobediencia cualificada de la Ley 52/2019. Cuestiona si se trata de un delito de desobediencia diferente al previsto en el Código Penal o de la mera conminación legal que concretiza el delito de desobediencia allí previsto. De entender que estamos ante la segunda opción, el nuevo tipo sería inaplicable, en tanto que la ley más favorable para el reo sería el tipo del apartado 2 del artículo 348 del Código Penal⁶⁰.

En lo que respecta al delito de ocultación intencional de patrimonio, cabe apuntar que en él expresamente se prevé que las conductas descritas se sancionarán con la pena de prisión de uno a cinco años “si no fueran de aplicación consecuencias punitivas más graves”. Esta cláusula parece una consagración expresa del principio de subsidiariedad y nos lleva a considerar que si se consigue probar el concreto delito o delitos (de corrupción u otros) que dio lugar al incremento patrimonial (y para el mismo se prevé una pena más grave), se sancionaría por este delito y no por el de ocultación patrimonial. Nótese que esta interpretación supone aceptar que el delito de ocultación patrimonial se ha configurado como un delito subsidiario, aplicable sólo cuando el delito base no se consigue acreditar, es decir, en el que lo que prima es sancionar por la ilicitud y no por la falta de declaración, precisamente lo que las propuestas aseguraban querer evitar. No obstante, la interpretación contraria, entender que este delito entraría en concurso con el delito previo del que provienen los bienes, llevaría a la imposición de penas totalmente desproporcionales. La cláusula expresa de subsidiariedad también

59 Las reglas para la determinación de la pena en caso de concurso se regulan en los artículos 77 y 78 del Código Penal portugués, señalando el artículo 30 que “el número de delitos viene determinado por el número de tipos delictivos realmente cometidos, o por el número de veces que se cumple el mismo tipo delictivo por la conducta del autor” (por lo que no se distingue entre real, ideal y medial). La pena máxima aplicable en caso de concurso será la suma de las penas efectivamente impuestas por los distintos delitos (que no puede exceder de 25 años en caso de pena de prisión y de 900 días en caso de multa), siendo la pena mínima la mayor de las penas efectivamente impuestas por los distintos delitos.

60 GONÇALVES FERREIRA, J. A., *Comentário ao Regime do Exercício de...*, op. cit., 161 y ss.

alcanzaría a un posible concurso de normas con el fraude fiscal, aunque en ocasiones las declaraciones en uno y otro ámbito no serán coincidentes.

A su vez, hay que tener en cuenta que un mismo sujeto activo podría cometer el delito de desobediencia cualificada y el de ocultación intencional del patrimonio, puesto que sancionan incumplimientos diferentes.

4. PROBLEMAS QUE PLANTEAN

Tras lo expuesto, consideramos que los problemas de constitucionalidad advertidos por el Tribunal Constitucional portugués y por la doctrina en relación con los anteriores intentos de tipificación no han sido superados.

En primer lugar, sigue sin estar claro el bien jurídico protegido. Los proponentes indican que lo que se trata de proteger con este delito es la transparencia en el ejercicio de las funciones públicas, sin embargo, surge la duda de si tal transparencia puede considerarse un bien jurídico. La defensa de esta postura parece asentarse en las declaraciones de voto formuladas por los magistrados Carlos Fernandes Cadilha y Víctor Gomes en el Acuerdo n.º 179/2012 del Tribunal Constitucional portugués, por el que se declara la inconstitucionalidad del primer intento de introducir este delito en Portugal. Este último señalaba que la transparencia de la situación patrimonial de los servidores públicos incentiva la confianza de los ciudadanos en la imparcialidad o probidad de su actuación y, por consiguiente, en la Administración pública.

Sin embargo, no estamos hablando la transparencia de los procedimientos administrativos sino de la del patrimonio de los servidores públicos. Admitimos, siguiendo a autores como DE FIGUEREDO DIAS⁶¹ o OLAIZOLA NOGALES⁶², que la transparencia y el establecimiento de la obligación a los servidores públicos de declarar su patrimonio pueden permitir la detección de irregularidades, lo que podría llevar a que se inicie una investigación criminal, pero esto no supone que la transparencia sea un bien jurídico en sí mismo. Detentar un patrimonio que no coincide con los ingresos

lícitos no es un delito ni afecta a bien jurídico alguno. Así mismo, la sospecha de la comisión de un delito de corrupción no puede ser el presupuesto de los deberes de transparencia, sino que debería ser precisamente el resultado de la transparencia⁶³.

Añade CAEIRO que el tipo parece partir de la idea de que el deber de exposición del patrimonio de los servidores públicos impedirá que estos cometan delitos por miedo a ser descubiertos⁶⁴. Sin embargo, lo cierto es que quienes cometen delitos de corrupción suelen contar con recursos para disimular el origen de los bienes. Además, si lo que se busca con la incriminación de esta conducta es evitar la comisión de cualquier delito de corrupción, se estaría tratando de proteger a todos los bienes jurídicos cuya lesión pueda generar rendimientos económicos, protección que ya se realiza a través de los correspondientes tipos penales⁶⁵. También parece presuponer que todo el patrimonio que posea un servidor público ha de ser declarado y que si no se declara será porque es ilícito cuando se pueden dar los más variados supuestos. Por ejemplo, una amante o un amigo que dejan una casa y un vehículo a un alto cargo. Este no tiene porqué declarar su uso.

Otro punto cuestionable es la legitimidad de la imposición de un deber de indicar todo el patrimonio y especialmente del deber de explicar el origen del incremento patrimonial. En su defensa se ha dicho que el derecho a no autoincriminarse no es absoluto y que no es lo mismo que el juez le pregunte directamente a un acusado de dónde obtuvo una cantidad de dinero, que se lo pregunte a un servidor público que accede a su cargo sabiendo que está sujeto a un especial deber de transparencia y que tiene que declarar todas las ganancias que recibe durante el desempeño del cargo. Apunta Manuel Soares que si este derecho no tuviese límites, las empresas se negarían a entregar la documentación que pudiera serles requerida en una investigación tributaria o que los conductores podrían negarse a entregar el permiso de conducir al policía que se lo pide cuando son conocedores de que este ha vencido⁶⁶.

No podemos estar de acuerdo con este razonamiento. Consideramos que la obligación de explicar el origen

61 DE FIGUEREDO DIAS, J., «O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)», en: LEITE, A. / TEIXEIRA, A. (org.), *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*, FGV Editora, Rio de Janeiro, 2017, 300. / En el mismo sentido, apunta DE FARIA COSTA que un bien jurídico transparencia no es más que una “engañoso fuga retórica” que no hace otra cosa que ocultar la criminalización de meras infracciones de deberes mediante el recurso a “falsos bienes jurídicos supraindividuales” que no llegan a concretizarse. DE FARIA COSTA, J. F., “Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado”, en: LEITE, A. / TEIXEIRA, A. (org.), *Crime e Política* op. cit., 324 y s.

62 OLAIZOLA NOGALES, I., “El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?”, *Revista Penal*, nº 52, 2023, 182 y s.

63 CAEIRO, P., O enriquecimento ilícito ou injustificado..., op. cit., 98 y s.

64 CAEIRO, P., O enriquecimento ilícito ou injustificado..., op. cit., 94.

65 CAEIRO, P., O enriquecimento ilícito ou injustificado..., op. cit., 98.

66 Marina Pimentel, “Enriquecimento ilícito. Juizes dizem que novos projetos não resolvem “alcapões” na lei atual”, *Renascença*, Em Nome da Lei (programa de radio), 19 de junio de 2021, consultado en: 04/02/2024, <https://www.radioline.co/pt>.

de los bienes va contra el derecho a la intimidad de los servidores públicos⁶⁷ así como contra el derecho a permanecer en silencio y a no autoincriminarse⁶⁸. Con la imposición de esta obligación el servidor público queda privado de estos derechos pues si no explica el origen de los bienes, será sancionado por este delito y, de explicarlo, podría ser sancionado por otro delito. Aunque es habitual el establecimiento de obligaciones de colaboración con la Administración, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea vienen distinguiendo entre la aportación de material que tienen una existencia independiente de la voluntad del sujeto (como documentos o muestras de sangre), donde no se considera violentado este derecho, de la imposición de la obligación de dar respuestas que puedan llevar a la imposición de una sanción, supuesto que entienden contrario al derecho a no autoincriminarse⁶⁹. Al pedirle que informe del origen de los bienes se le obliga a realizar una declaración, ello bajo la amenaza de la sanción penal. A estos efectos es indiferente que el requerimiento se realice en vía administrativa puesto que el derecho a no autoincriminarse también opera en este ámbito cuando es muy probable la posterior apertura de un procedimiento sancionador, ya sea penal o administrativo⁷⁰.

A este problema cabe sumar el de la falta de claridad de la redacción de esta obligación que lleva a preguntarse si para entenderla cumplida es suficiente con indicar los hechos que dieron lugar al incremento patrimonial, y que, eventualmente, estos sean corroborados por las autoridades, o si es necesario acompañar la declaración de elementos de prueba. También surge la duda de si el cumplimiento de este deber puede implicar la intervención de terceros no sujetos a las obligaciones declarativas. Por ejemplo, en caso de un préstamo o una donación, ¿debe el obligado identificar al presta-

mista/donante y facilitar a las autoridades el contrato de préstamo?⁷¹.

En todo caso, no parece que la imposición del deber de revelar el origen de los incrementos patrimoniales pueda ser útil para proteger el bien jurídico transparencia o para prevenir la comisión de los delitos generadores del incremento patrimonial. Si lo que preocupa es que los servidores públicos posean o disfruten de bienes de origen ilícito y que los mismos no estén a su nombre, no será el deber de indicar el origen el que lo impida. Simplemente seguirán sin declararse tales bienes o el origen de los mismo se hará pasar por lícito. Se dirá, por ejemplo, que procede de un préstamo o que le ha tocado la lotería y externamente esta justificación semejará cierta, por lo que en nada habrá contribuido la norma a la transparencia en el ejercicio de las funciones públicas⁷².

Además, algunos elementos (como la verdadera propiedad o la intención de ocultar) pueden ser tan difíciles de probar como los delitos tradicionales de corrupción, de forma que no parece que este delito vaya a facilitar en gran medida la investigación y sanción de la ocultación de incrementos patrimoniales⁷³.

La eficacia de este delito también se pone en duda con la exigencia de notificación previa por parte de la Entidad para la Transparencia. Generalmente, esta entidad no tendrá constancia del acto corrupto, no sabrá que el servidor público ha recibido una cantidad de dinero y lo ha puesto en una cuenta en un paraíso fiscal a nombre de una sociedad y no lo ha declarado⁷⁴. Apunta José Manuel Pureza, parlamentario del Bloque de Izquierda, que esta previsión supone sacar por la ventana lo que entró por la puerta de la criminalización, pues ante dinero oculto, nunca habrá notificación y por tanto no habrá delito⁷⁵.

También se cuestiona la necesidad de introducir este delito. La ASJP fundamenta la pertinencia de la nueva

67 Advierte el Consejo de Prevención de la Corrupción que siempre debería constituir un objetivo primordial del legislador el evitar al máximo la generalización interventora en la esfera personal de cada ciudadano, especialmente en la exposición de su patrimonio, dado el peligro real de la difusión de esta información con fines espurios. Parecer do Conselho de Prevenção da Corrupção..., op. cit., 6 y s.

68 DE FARIA COSTA, J. F., "Crítica à tipificação do crime...", op. cit., 324 y s./ REYES ALVARADO, Y., "La imputación objetiva y el delito de enriquecimiento ilícito", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año 3, 1997, 148 y ss.

69 Por ejemplo, en sentencia TEDH de 17 de diciembre de 1996, Saunders c. Reino Unido y sentencia del TJUE de 2 de febrero de 2021, Asunto C-481/19.

70 PICÓN ARRANZ, A., "El derecho a la no autoincriminación en el procedimiento administrativo sancionador. Un estudio a la luz de la jurisprudencia del TJUE", *Revista de estudios europeos*, 79, 2022, 379 y s.

71 CAEIRO, P., "O enriquecimento ilícito ou injustificado...", op. cit., 95.

72 CAEIRO, P., "O enriquecimento ilícito ou injustificado...", op. cit., 89 y s.

73 Adão Carvalho, presidente del Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, en: Marina Pimentel, "Enriquecimento ilícito. Juízes dizem que...", op. cit.

74 Manuel Soares, presidente de la Asociación Sindical de los Jueces Portugueses, en: Marina Pimentel, "Enriquecimento ilícito. Juízes dizem que...", op. cit.

75 Debates Parlamentarios, Asamblea de la República, serie I, XIV legislatura, Sesión legislativa 2, núm. 082, 26 de junio de 2021, consultado en: 06/02/2024, <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/14/02/082/2021-06-25/13?pgs=6-39&org=PLC&plcdf=true>, 19.

figura en la “manifiesta insuficiencia” de la normativa anterior. Sin embargo, hay que recordar que la ley cuya reforma se propone en 2021 había sido promulgada en 2019, es decir, sólo había estado dos años en vigor, tiempo insuficiente para comprobar su eficacia. A este factor temporal se suma la ausencia de cualquier tipo de estudio o de datos empíricos que corroboren la “manifiesta insuficiencia”⁷⁶. Entiende CAEIRO que se deberían analizar cuántas de las declaraciones presentadas desde que entró en vigor la Ley 52/2019 se han verificado y qué irregularidades se han encontrado en las mismas. Sólo con esos datos en la mano sería posible fundar las alegaciones de “manifiesta insuficiencia”⁷⁷.

Así mismo, buena parte de la doctrina portuguesa señaló en reiteradas ocasiones a lo largo de la última década que Portugal cuenta con mecanismos legales adecuados y eficientes para impedir y prevenir el enriquecimiento ilícito. El hecho de que no sean debidamente utilizados y de que puedan precisar de algunos ajustes, no significa que esté legitimada la incriminación del enriquecimiento ilícito o injustificado⁷⁸.

Lo expuesto nos lleva a pensar que estamos ante normas meramente simbólicas. Ante graves casos de corrupción que implicaron a reconocidos políticos y que tuvieron una gran repercusión mediática, el legislador se vio en la necesidad de calmar a la población y mandar el mensaje de que le preocupa la corrupción⁷⁹. Para ello, le resulta mucho más rápido y sencillo reformar las normas que otro tipo de medidas que podrían resultar más efectivas pero que suponen un importante desembolso económico y cuyos efectos sólo se podrán apreciar a largo plazo.

Muestra de ello es que en el debate parlamentario previo a la aprobación de esta norma se llega a decir que “el ciudadano medio no sabe de qué estamos hablando, no conoce la técnica legislativa, no conoce las razones del Tribunal Constitucional, pero de una cosa está seguro: de que los diputados no pueden o no quieren aprobar una ley para castigar a quienes, en el ejercicio de funciones públicas, se enriquecen de forma ilícita. (...) Por tanto, tenemos la obligación de dar una señal al país: menos declaraciones de intenciones y más acciones concretas”⁸⁰. También lo es el hecho de que el Partido Social Demócrata (PSD) votara a favor por, según indicó, considerar que era necesario reforzar el marco sancionador aplicable al incumplimiento de las obligaciones declarativas y por “la importancia política y social de esta iniciativa legislativa”⁸¹. Pero, al mismo tiempo, quiso dejar constancia de que, a su entender, la sanción del incumplimiento del deber de indicar el origen de los bienes podría ser inconstitucional y que, tras dos declaraciones de inconstitucionalidad, no se debería persistir en los intentos de tipificar el enriquecimiento ilícito.

Así mismo, el Consejo General del Ministerio Público concluye en su informe que, aunque no se va a oponer a la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, aventura que acabará teniendo poco impacto práctico, que “una vez más será una norma simbólica, que, a pesar de poder ser útil, no enfrenta la raíz del problema, ni usa las metodologías más adecuadas para su preservación (por ejemplo, la mejora de los mecanismos de evaluación del patrimonio, máxime la creación de verdaderos mecanismos *in rem*)”⁸².

76 CAEIRO, P., “O enriquecimento ilícito ou injustificado...”, op. cit.,

77 CAEIRO, P., “O enriquecimento ilícito ou injustificado...”, op. cit., 100.

78 Por ejemplo, SILVA DIAS, M. C., “Enriquecimento ilícito/injustificado, 291 y ss., quien apunta que la solución a este problema debe venir de la sanción de los delitos base, de la aplicación del decomiso (también el ampliado y el civil), del delito de fraude fiscal, del delito de receptación y del de blanqueo de capitales. Recuerda que en Europa también se sanciona el blanqueo del producto obtenido a través de un delito cometido por el mismo sujeto (autoblanqueo), a diferencia de lo que acontece en varios países de África y América Latina.

79 DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº104-II, 2016, consultado en: 22/02/2024,

80 José Cancela Moura (PSD), Debates Parlamentarios, Asamblea de la República, XIV Legislatura, Sesión legislativa 2, núm. 82..., op. cit., 30 y s.

81 Declaración de voto PSD, Debates Parlamentarios, Asamblea de la República, Serie I, XIV Legislatura, sesión legislativa 3, número 26, 20 de noviembre de 2021, consultado: 06/02/2024, [82 Parecer del Consejo General del Ministerio..., op. cit., 8 y s. En concreto esta crítica la hace sobre el proyecto 805/XIV/2ª, presentado por el Bloque de Izquierdas. / Ya advertía DA COSTA ANDRADE que, si un delito de estas características pasaba el juicio de constitucionalidad, sería mera legislación simbólica, político-criminalmente inocua e incluso “contraindicada”, que muestra la imagen de una sociedad movilizada contra la corrupción cuando lo verdaderamente importante quedará inalterado, haciendo que sigamos en el bucle de pedir nuevas leyes y obtener nuevas frustraciones. DA COSTA ANDRADE, M., “Enriquecimento ilícito: entre Cila e Caribdis”, en: LEITE, A. / TEIXEIRA, A. \(org.\), *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*,](https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/14/03/026/2021-11-19/75?pgs=72-75&org=PLC&plcdf=true, 72 y ss.</p>
</div>
<div data-bbox=)

5. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LA REGULACIÓN PORTUGUESA Y LA ESPAÑOLA

Un estudio del tipo español excedería con mucho el objeto de este trabajo (así como el espacio disponible), pero sí podemos indicar algunos de los puntos que acercan y alejan a ambas regulaciones.

En nuestro ordenamiento, el delito se introduce mediante la Ley Orgánica 14/2022, entrando en vigor en enero de 2023. Mediante el tipo del artículo 438 bis de nuestro Código Penal se sanciona a “la autoridad que, durante el desempeño de su función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos, hubiera obtenido un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas por un valor superior a 250.000 euros respecto a sus ingresos acreditados, y se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación”.

Como avanzábamos, el legislador español señala en la exposición de motivos de la citada ley que “la figura que se incorpora se configura como un delito de desobediencia”, siguiendo el modelo “que han incorporado recientemente países como Portugal”. Ello en base a que “no basta con poseer un patrimonio cuyo origen no sea explicable a partir de los ingresos declarados, sino que debe existir un requerimiento previo por parte de los organismos administrativos o judiciales competentes para la comprobación de dicho patrimonio” y la negativa a contestarlo. Se opta por darle esta configuración porque el legislador es consciente de que “tradicionalmente, la figura del enriquecimiento ilícito o injusto había generado controversia constitucional al ser configurado como un delito de sospecha, por su posible colisión con el derecho fundamental a la presunción de inocencia” y considera que de esta forma tales problemas quedan superados.

No obstante, según entendemos, no basta con la desobediencia⁸³ sino que más bien parece que han de concurrir tanto la obtención de un incremento patrimonial como la negativa a contestar a un requerimiento por el que se le pregunta por el origen del incremento patrimonial, lo que lo convertiría en un delito complejo.

En todo caso, el tipo español no está sancionando la no presentación o presentación incorrecta o incompleta de las declaraciones patrimoniales, sino el no explicar el origen del incremento patrimonial, extremo este que lo aproxima más a la conducta descrita en el inciso c), del apartado 2 del artículo 18-A de la Ley 52/2019, donde se regula el delito de ocultación intencional del patrimonio. Recuérdese que uno de los elementos cuya omisión se sanciona es la explicación del origen del incremento patrimonial experimentado, a declarar según lo establecido en el apartado 6 del artículo 14. La similitud que se podría encontrar entre el tipo español y el portugués sería que en ambos se pide al servidor público, ya sea en la declaración o vistiéndolo como contestación a un requerimiento, que explique el origen del incremento patrimonial no declarado o incongruente con los ingresos lícitos. No obstante, esto es algo que también se exige en el tipo propuesto por la Convención de la ONU y en un buen número de ordenamientos jurídicos, como el argentino⁸⁴. Así mismo, en el tipo portugués la estructura típica parte de un incumplimiento de la normativa administrativa, a la que se le suma la intención de ocultar el origen del incremento patrimonial mientras que la española estaría conformada por un incremento patrimonial, un requerimiento para que explique el origen del mismo y la negativa a contestarlo, sin exigir intención adicional alguna⁸⁵.

En cuanto al sujeto activo, puede que el tipo español haya tratado de restringir el campo de sujetos activos a los servidores públicos que ostentan un mayor poder de decisión, como se hace en Portugal. Por ello, en vez de establecer que pueda cometer el delito cualquier

FGV Editora, Rio de Janeiro, 2017, 349 y s. / En el mismo sentido, OLIVEIRA E SILVA, C., *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Almedina, Coimbra, 2019, 500.

83 A favor de considerarlo un delito de desobediencia, RAGA VIVES, A., “Del delito de enriquecimiento ilícito a la desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades”, *RGDP*, nº 39, 2023. Críticos con tal interpretación, OLAIZOLA NOGALES, I., “El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?”, *Revista Penal*, nº 52, 2023, 190 y MIRÓ ESTRADÉ, J., “El nuevo delito de enriquecimiento ilícito como forma de desobediencia (art. 438 bis CP)”, *La Ley Penal*, nº 161, Sección Estudios, 2023 (versión online sin numerar).

84 Establece el artículo 268 (2) del Código Penal argentino que se sancionará al funcionario que “al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño”. Consultado en: 06/05/2024, <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-11179-16546/actualizacion>. / Algunos países han seguido el modelo argentino mientras que otros se han decantado por el colombiano. En este país se sanciona al servidor público que obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, según lo previsto en el artículo 412 de su Código Penal, consultado en: 08/05/2024, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr016.html#412. Como se puede apreciar, la diferencia entre uno y otro radica en que el tipo argentino exige que el servidor público no explique el origen del enriquecimiento al ser requerido al efecto.

85 En España no hay normativa administrativa que prevea la obligación de declarar el origen del incremento patrimonial, sino que tal deber parece surgir del propio artículo 438 bis CP. QUINTERO OLIVARES, G., “Una guarnición: el enriquecimiento ilícito”, *Almacén de Derecho*, 2022, consultado en: 08/05/2024, <https://almacenederecho.org/una-guarnicion-el-enriquecimiento-ilicito>.

funcionario, como se prevé en el tipo propuesto por la ONU y en la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos que cuentan con este delito, el tipo español sólo prevé como sujeto activo a los servidores públicos que tengan la consideración de autoridad, es decir, aquellos que tengan mando o ejerzan jurisdicción propia⁸⁶. Junto con tal limitación, el tipo español señala que tales sujetos se deben negar a “dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación”, pero no llega a señalar quiénes son tales órganos. Este punto que general no pocos problemas interpretativos puesto que en España no contamos con una normativa administrativa que regule de forma completa y detallada la obligación de presentar declaraciones patrimoniales para todas las autoridades y que establezca un órgano de control equivalente a la Entidad para la Transparencia. Sí que contamos con determinada normativa, como la Ley 3/2015, de 30 de marzo reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o sus equivalentes autonómicos y locales⁸⁷, pero estas no abarcan a todas las autoridades (por ejemplo, jueces y fiscales no están obligados a presentar declaraciones patrimoniales) y en algunas no se fija un órgano encargado de controlar posibles incumplimientos o no se prevé la posibilidad de imponer sanciones⁸⁸.

En definitiva, puede que el legislador español haya querido tomar la legislación portuguesa como modelo a seguir. Sin embargo, nos parece que lo único que tienen en común ambas tipificaciones es la no justificación por el sujeto activo del origen del patrimonio, elemento que tradicionalmente caracteriza a los tipos de enriquecimiento ilícito y que ya se preveía en la propuesta de la Convención de la ONU.

6. CONCLUSIONES

Los intentos de Portugal de introducir un delito de enriquecimiento ilícito que no estuviese aquejado de

vicios de inconstitucionalidad le han llevado a la creación de sanciones basadas en la no presentación de declaraciones patrimoniales o en la omisión en estas, con intención de ocultar, de elementos como el origen de los bienes. De esta forma, ha pretendido apartarse, tanto en estructura típica como en denominación, de los tipos declarados inconstitucionales por el Alto Tribunal portugués en 2012 y 2015.

Sin embargo, creemos que no ha conseguido una plena diferenciación respecto de las propuestas anteriores, pues aunque se haya tratado de quitar de la ecuación el enriquecimiento ilícito (entendido como la sanción de los incrementos patrimoniales injustificado, por su sospecha de ilícitos), sustituyéndolo por la sanción de la no declaración, este termina por emerger para tratar de justificar soluciones “insólitas”⁸⁹ en tanto que, en última instancia, la sanción de la no declaración del origen del incremento responde a la lógica de sancionar el enriquecimiento que se sospecha ilícito (también a ello entendemos que se corresponden penas tan elevadas como las previstas). A su vez, las dudas de inconstitucionalidad tampoco se han zanjado, pues seguimos sin saber cuál es el bien jurídico que se pretende proteger con estas conductas y la obligación de explicar el origen de los bienes podría ir contar el derecho a no autoincriminarse y a no declarar contra uno mismo.

A estos problemas se suman importantes dificultades de aplicación práctica. Por una parte, quien tenga dinero ilícito no lo va a declarar o va a tratar de darle apariencia de legalidad. Por otra, la Entidad para la Transparencia no tendrá constancia del acto corrupto, no sabrá que el servidor público ha recibido una cantidad de dinero y lo ha puesto un paraíso fiscal a nombre de una sociedad y no lo ha declarado y por ello no podrá hacer el requerimiento previsto en la norma. Así mismo, la prueba de la titularidad de los bienes o de la intención de ocultar podrían llegar a ser tan difíciles como la de los delitos tradicionales de corrupción.

86 Ello según lo dispuesto en el artículo 24 de nuestro Código Penal, el cual añade que también tendrán tal consideración los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo, los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía Europea.

87 Como la Ley 14/1995, de 21 de abril, de Incompatibilidades de altos cargos de la Comunidad de Madrid o el Reglamento orgánico y de funcionamiento del Ayuntamiento de Salamanca (artículos 18 y siguientes).

88 Así sucede en el caso de los miembros del Congreso y del Senado, quienes están sometidos a obligaciones declarativas (según lo establecido en el artículo 160 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General y los artículos 18 del Reglamento del Congreso y 1.3 y 26 del Reglamento del Senado) y cuentan con una Oficina de Conflicto de Intereses (desde el Acuerdo de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 1 de octubre de 2020, por el que se aprueba el Código de Conducta de las Cortes Generales se crea la Oficina de Conflicto de Intereses de las Cortes Generales), pero no se prevén sanciones frente al incumplimiento de estas obligaciones. / También se ha barajado que realice tal requerimiento la Administración Tributaria o los órganos judiciales, sin embargo, no está entre las competencias de ninguno de ellos el comprobar el patrimonio de autoridades con fines de transparencia. Así mismo, que los jueces y tribunales realizaran tal requerimiento supondría una vulneración palpable los derechos a no declarar contra uno mismo y a no declararse culpable. VILLEGAS GARCÍA, M. A., “El nuevo delito de “enriquecimiento ¿ilícito?” del artículo 438 bis del Código Penal”, *La Ley*, nº 10278, 2023, 11. / GONZÁLEZ URIEL, D., *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 7, 2023, (versión online sin paginar).

89 CAEIRO, P., “O enriquecimento ilícito ou injustificado...”, op. cit., 101.

Tal vez lo más recomendable sería centrar los esfuerzos en reforzar las herramientas para luchar contra la corrupción (o las ganancias ilícitas en general) ya existentes.

7. BIBLIOGRAFÍA

- AIRES DE SOUSA, S., «“Crime doesn’t pay”: a ocultação de rendimentos de origem criminosa e o tipo legal de fraude fiscal (ou da impossibilidade de um “mal jurídico” se transformar em um bem jurídico-penal)», en: MACHETE, P. / DE ALMEIDA RIBEIRO, G. / CANOTILHON, M. (orgs.), *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Manuel da Costa Andrade*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2023.
- Os crimes fiscais. *Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*, Almedina, 2021. ASJP, *Ocultação de riqueza adquirida no período de exercício de altas funções públicas*, 2021, consultado en: 22/02/2024, https://asjp.pt/downloads/propostas_pareceres_estudos/ocultacao_de_riqueza_adquirida_no_periodo_de_exercicio_de_altas_funcoes_publicas.pdf.
- BLANCO CORDERO, I., “El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el tribunal constitucional portugués”, *Revista electrónica de la AIDP*, 2013, A-02, 1, consultado en: 13/02/2024, <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/42235>.
- CAEIRO, P., “O enriquecimento ilícito ou injustificado, a ocultação 2021 intencional de riqueza e a orelha de Van Gogh”, *Católica Law Review* Vol. V, nº 3, noviembre de 2021, consultado en: 16/02/2024, <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicalawreview/article/view/10316>.
- “Sentido e função do instituto da perda de vantagens, relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, año 21, nº 2, abril-junio, 2011, consultado en: 28/01/2024, https://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2011_Sentido_fun%C3%A7%C3%A3o_confisco.pdf, 297 y ss.
- CARDOSO DA COSTA, J. M. (Vocal del Consejo Superior de la Magistratura), *Declaração individual sobre o “texto de substituição” dos projectos de lei relativos às obrigações de “transparencia” dos responsáveis políticos e altos funcionários públicos*, 2019, consultado en: 24/07/2023, <https://acortar.link/HeyKsc>.
- CONDE CORREIA, J., *Da proibição do confisco à perda alargada*, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, Lisboa, 2012, 45, a través de: SILVA DÍAS, M. C., *Enriquecimento ilícito injustificado*, *Julgard*, nº 28, 2016, consultado en: 05/02/2024, <http://julgard.pt/wp-content/uploads/2016/01/11-Enriquecimento-il%C3%ADcito-injustificado-Maria-Carmo-Silva-Dias.pdf>.
- CRUZ SANTOS, C., “A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência”, en: CRUZ SANTOS, C. / BIDINO, C. / THAÍS DE MELO, D., *A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- DA COSTA ANDRADE, M., “Enriquecimento ilícito: entre Cila e Caribdis”, en: LEITE, A. / TEIXEIRA, A. (org.), *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*, FGV Editora, Rio de Janeiro, 2017.
- DE FARIA COSTA, J. F., “Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado”, en: LEITE, A. / TEIXEIRA, A. (org.), *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*, FGV Editora, Rio de Janeiro, 2017.
- DE FIGUEREDO DIAS, J., «O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)», en: LEITE, A. / TEIXEIRA, A. (org.), *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*, FGV Editora, Rio de Janeiro, 2017.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº104-II, 2016, consultado en: 22/02/2024, <https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R2/t59auEjemplares/page>.
- DORNBIERER, A., *Enriquecimiento ilícito: una guía sobre las leyes que abordan los activos de procedencia inexplicable*, Basel Institute on Governance, Basilea, 2022, consultado en: 03/05/2024, https://baselgovernance.org/sites/default/files/2022-04/Illicit_Enrichment_FINAL-ESPANOL-LEARN.pdf.
- GONÇALVES FERREIRA, J. A., *Comentário ao Regime do Exercício de Funções por Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2022.

- GONZÁLEZ URIEL, D., “La controvertida incorporación del mal llamado delito de enriquecimiento ilícito en el artículo 438 bis del código penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 7, 2023.
- MARQUES DA SILVA, G., “Sobre a Incriminação do Enriquecimento Ilícito (Não Justificação ou Não Declarado). Breves Considerações nas Perspectivas Dogmáticas e de Política Criminal”, en: PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (coord.), *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- MIRÓ ESTRADÉ, J., “El nuevo delito de enriquecimiento ilícito como forma de desobediencia (art. 438 bis CP)”, *La Ley Penal*, n.º 161, Sección Estudios, 2023.
- OLAIZOLA NOGALES, I., “El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?”, *Revista Penal*, n.º 52, 2023.
- OLIVEIRA E SILVA, C., *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Almedina, Coimbra, 2019.
- PALMA, M. F., “Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal”, *Anatomia do Crime*, n.º 0, 2014.
- PICÓN ARRANZ, A., “El derecho a la no autoincriminación en el procedimiento administrativo sancionador. Un estudio a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista de estudios europeos*, 79, 2022.
- POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto en la dogmática y en el Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- QUINTAS PÉREZ, M., “Medios de comunicación y populismo punitivo en materia de corrupción”, en: CARRILLO DEL TESO, A./ PAHUL ROBREDO, G. (dirs.), *Desafíos en la lucha contra la corrupción: gestión de riesgos y paradigmas globales*, Colex, 2023, consultado en: 22/02/2024, <https://d2eb79appvasri.cloudfront.net/erp-colex/openaccess/libros/5074.pdf>.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Una guarnición: el enriquecimiento ilícito”, *Almacén de Derecho*, 2022, consultado en: 08/05/2024, <https://almacenederecho.org/una-guarnicion-el-enriquecimiento-ilicito>.
- RAGA VIVES, A., “Del delito de enriquecimiento ilícito a la desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades”, *RGDP*, n.º 39, 2023.
- REYES ALVARADO, Y., “La imputación objetiva y el delito de enriquecimiento ilícito”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año 3, 1997.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N. / ORSI, O. G., “El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: tendencias y perspectivas”, *Cuadernos de Política Criminal*, 116.II, 2015.
- SILVA DÍAS, M. C., “Enriquecimiento ilícito/injustificado”, *Julgar*, n.º 28, 2016, consultado en: 28/01/2024, <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/01/11-Enriquecimento-il%C3%ADcito-injustificado-Maria-Carmo-Silva-Dias.pdf>.
- SOARES, M., “Ocultação de riqueza adquirida no período de exercício de altas funções públicas”, en: PINTO DE ALBUQUERQUE, P. / CARDOSO, P./ MOURA, S. / (coords.), *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e proposta de reforma*, Católica Editora, Lisboa, 2021.
- VILLEGAS GARCÍA, M. A., “El nuevo delito de “enriquecimiento ¿ilícito?” del artículo 438 bis del Código Penal”, *La Ley*, n.º 10278, 2023.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/