

Penal Económico

# La reforma del 2022 del Código Penal en materia de corrupción: los delitos de malversación y el nuevo delito de enriquecimiento ilícito

La Ley Orgánica 14/2022 modifica de forma importante los delitos de malversación de caudales públicos e introduce un nuevo tipo penal, el delito de enriquecimiento ilícito, no exento de polémica.

## JUAN MIRA RUIZ

Abogado del Área de Penal  
de Gómez-Acebo & Pombo

### 1. Introducción

El delito de malversación de caudales públicos, uno de los tipos penales centrales en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Administración Pública —que sigue siendo uno de los problemas que más preocupa a los españoles—, ha sido objeto de profundas revisiones en los últimos años y ha sido revisitado nuevamente a partir de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre.

Adicionalmente, resulta muy destacable que, si bien la modificación de los delitos de malversación ha venido acaparando la atención mediática en la citada reforma del Código Penal (CP) operada por la Ley

Orgánica 14/2022, siguiendo en el ámbito de la corrupción pública, la referida ley ha dado origen a un nuevo tipo penal en nuestro ordenamiento jurídico que, no obstante ser de nueva creación, venía siendo objeto de análisis por parte de la doctrina especializada desde hace tiempo: el delito de enriquecimiento ilícito, que se tipifica en el nuevo artículo 438 *bis* del Código Penal.

### 2. La nueva configuración de los delitos de malversación de caudales públicos

Los delitos de malversación de caudales públicos, tipificados en los artículos 432 y siguientes del Código Penal, experimentaron una sustancial modificación en su estructura

—que había estado vigente desde el Código Penal de 1995— a raíz de la reforma efectuada mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Así, con aquella ley orgánica, los delitos de malversación pasaron a articularse por expresa referencia a los delitos de apropiación indebida del artículo 253 del Código Penal y de administración desleal del artículo 252 del mismo código, lo que trajo consigo una extensión del ámbito de conductas susceptibles de ser incardinadas en los ilícitos penales de malversación de caudales públicos. Además, se equipararon las penas asignadas a la malversación por apropiación y a la malversación por administración desleal.

Sin embargo, la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, retoma la estructura que presentaban los delitos de malversación con anterioridad al 2015, pero con diferencias de calado. También es destacable que, en comparación con la regulación dada con la Ley Orgánica 1/2015, las penas que se asignan a cada clase de malversación son ahora más bajas. Es decir, una decisión legislativa que rompe la tendencia al endurecimiento de las penas de las últimas décadas, tanto en España como a nivel europeo, en relación con los delitos de corrupción.

Así quedan configurados los nuevos tipos de malversación:

- *Apropiarse del patrimonio público con ánimo de lucro (art. 432 CP)*

Se recupera la descripción que presentaba el artículo 432 con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, sustituyendo el verbo *sustraer* por el actual término de *apropiarse*, lo que, sin embargo, es un cambio de poca

trascendencia, dada la paridad entre las acciones de sustraer y apropiarse.

Se reintroduce la expresa exigencia de que la conducta se desarrolle con ánimo de lucro, el cual también se preveía en la regulación anterior al 2015. Jurisprudencialmente se ha entendido que el ánimo de lucro no es diferente del ánimo apropiativo, puesto que concurre cuando el propósito consiste en hacer propios los bienes como si se fuera dueño de ellos, sin que sea preciso que se busque un enriquecimiento y bastando la intención de alcanzar cualquier beneficio, incluso no patrimonial.

Aunque aparentemente se mantienen las penas que estaban previstas para esta clase de malversación antes de la reforma del 2022, lo cierto es que la extensión mínima de la pena de prisión baja de los tres a los dos años, lo que puede encontrar una relevante significación práctica en la medida en que se habilita la suspensión de la pena privativa de libertad en el caso de que se imponga en su mínima duración.

- *Destinar el patrimonio público a usos privados sin ánimo de apropiación (art. 432 bis CP)*

Algunos autores de la doctrina denominaban *malversación de uso* a esta modalidad de malversación, ya que no consiste en una apropiación definitiva o sin ánimo de reintegro de los recursos públicos, que se castiga con base en la modalidad de apropiación del artículo 432, sino en su uso transitorio con posterior reintegro. Tanto es así que el delito tipificado en el artículo 432 bis recoge ahora expresamente que la conducta

debe realizarse sin ánimo de apropiación. Las penas aparejadas a esta modalidad de malversación también conducen a la misma interpretación, puesto que, si bien se castiga con de seis meses a tres años de privación de libertad y suspensión de empleo o cargo público de uno a cuatro años, el segundo párrafo del citado precepto establece que, si los elementos patrimoniales distraídos —término diferente al anterior de importes— no se reintegran en los diez días siguientes a la incoación del proceso, se impondrían las penas más graves del artículo 432 del Código Penal, el relativo a la malversación apropiativa.

El Código Penal anterior al 2015 (CP 1995), el cual, como se decía, guarda cierta semejanza con la actual regulación, preveía dos figuras aparte de la modalidad de apropiación: destinar los bienes públicos a fines ajenos a la función pública (art. 433 CP 1995, homólogo del actual art. 432 bis CP) y dar a los bienes una aplicación privada con ánimo de lucro ocasionando grave perjuicio para la causa pública (art. 434 CP 1995). Estas dos modalidades habían dado lugar a problemas de deslinde, dado que no estaba claro qué conductas eran subsumibles en cada uno de los citados tipos penales, llegando incluso a plantearse dudas interpretativas de delimitación con respecto a la modalidad más grave de la malversación apropiativa. En la nueva regulación, ya no se tipifica la conducta de dar a los bienes una aplicación privada con ánimo de lucro del antiguo artículo 434 del Código Penal de 1995 y, en la malversación de uso del actual artículo 432 bis del Código Penal, se cambia el destino ilícito de los bienes, que deja de ser un fin ajeno a la función

pública y pasa a ser un destino privado, modificación que crea más confusión que claridad, puesto que, al menos en abstracto, cabe plantearse si un fin ajeno a la función pública y un fin privado resultan diferentes.

- *Dar al patrimonio público una aplicación pública diferente a la prevista (art. 433 CP)*

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 14/2022 manifiesta que este tipo penal está pensado para conductas consistentes en «un desvío presupuestario o gastos de difícil justificación». En consecuencia, el legislador persigue castigar con este tipo penal aquellas conductas que supongan una gestión inadecuada de los recursos públicos que incurra en el desvío de los fines para los que tales recursos estaban previstos, pero dándoles, no obstante, una finalidad igualmente pública, con infracción de la normativa administrativa en materia de ordenación del gasto público.

El Código Penal tipificaba como delito de malversación este tipo de conductas desde el año 1944, pero, con la reforma de 1995, quedaron despenalizadas, siendo encuadrables únicamente en una infracción administrativa o, todo lo más, en el delito de prevaricación administrativa si concurrían los elementos exigidos por este tipo penal. Sin embargo, con la reforma operada en el 2015 en el Código Penal, se amplió la proyección del delito de malversación por su remisión a los delitos de apropiación indebida y, en especial, de administración desleal, razón por la que algunas conductas de desvío presupuestario que generaban daño al patrimonio público podían ser

constitutivas de un delito de malversación bajo el entendido de que comportaban una gestión desleal del patrimonio público. Actualmente, con la nueva reforma, las conductas de desviar los caudales públicos a un fin público distinto del previsto, alterando su destino presupuestado, pueden encontrar acomodo en el actual artículo 433 del Código Penal.

En cuanto a las penas, se distingue en función de que la conducta genere o no un daño o entorpecimiento graves del servicio al que estuviere afecto el patrimonio público desviado, un extremo con importante interpretación casuística. De concurrir este plus de gravedad, la pena de prisión oscila entre uno y cuatro años y la pena de inhabilitación presenta una horquilla entre dos y seis años. De no apreciarse ese daño o entorpecimiento públicos, la pena se atenúa considerablemente, sustituyéndose la pena de prisión por una pena de multa de tres a doce meses y reduciéndose la inhabilitación, que se fija en de uno a tres años. Esta nueva penalidad hace que resulte privilegiada la comisión de conductas en el ámbito público por funcionarios o autoridades que, en el ámbito privado, si fueran realizadas por un administrador de una sociedad, constituirían administración desleal y se penarían con un marco punitivo superior. Nuevamente, se trata de una decisión de política criminal que no encuentra una clara justificación ni parece alineada con la tendencia de endurecimiento promulgada por la Unión Europea.

Como conclusión, puede destacarse que, aparte de la reducción de la respuesta punitiva que, con la actual regulación, experimentan los delitos de malversación (lo que puede comportar una revisión a la baja de

las penas ya impuestas conforme a la anterior regulación por aplicación del principio de aplicación de la norma más favorable al reo, es posible que algunas conductas que con el anterior Código Penal eran constitutivas de malversación ahora no resulten punibles, al menos, conforme a dicho delito, debido a que la anterior regulación presentaba una proyección más amplia por su remisión al delito de administración desleal.

### 3. El nuevo delito de enriquecimiento ilícito

En términos generales, el delito de enriquecimiento ilícito se comete cuando la autoridad o funcionario público incrementa su patrimonio sin justificación legítima y de manera significativa o desproporcionada en relación con los ingresos que percibe por razón de su cargo o por otras actividades declaradas. Como puede observarse, lo que se castiga estriba en un aumento patrimonial de carácter injustificado, desconociéndose, sin embargo, su causa. De ahí que se haya llegado a tildar el tipo penal de enriquecimiento ilícito de delito de sospecha, toda vez que asume la presunción de que el incremento injustificado tiene un origen ilícito, salvo que se pruebe lo contrario. Así, este delito está pensado para operar de forma residual cuando no se puede probar la comisión del delito que es origen del enriquecimiento injustificado del funcionario, como pudiera ser el cohecho, de modo que suele constituir una cláusula de cierre al compendio de delitos tipificados para luchar contra la corrupción.

La tipificación de este delito, si bien de nuevo cuño en España, ha sido recomendada por algunos instrumentos internacionales desde hace años, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 31 de octubre del 2003, y cuenta con gran profusión en Latinoamérica, donde se ha incorporado

en los textos penales de muchos Estados, aunque con diverso formato. En Europa, aunque está tipificado en países como Francia o Lituania, no se ha prodigado tanto, dadas las dudas que plantea este tipo penal en cuanto a su compatibilidad con los derechos a la presunción de inocencia y a no autoincriminarse.

Ello se debe a que podría considerarse que este tipo penal implica una inversión de la carga de la prueba de la comisión del delito, que siempre corresponde a la acusación, en la medida en que se hace recaer en el acusado la prueba sobre el carácter lícito del incremento patrimonial. Igualmente, bajo la amenaza de sanción penal por delito de enriquecimiento ilícito, se obliga al empleado público a explicar el origen del incremento patrimonial cuando éste no consta justificado, de modo que, en caso de que dicho incremento sea consecuencia de la comisión de un delito previo, *de facto* se está conminando al sujeto a inculparse a sí mismo, si no quiere incurrir en responsabilidad penal por el delito de enriquecimiento ilícito, al tener que reconocer el delito fuente del aumento de su patrimonio.

De las dudas de inconstitucionalidad que presenta este delito de enriquecimiento ilícito eran conscientes los artífices de esta reforma penal, toda vez que en el preámbulo de la Ley 14/2022 se expresa que «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». Para salvar esta problemática, dice la exposición de motivos de la citada ley orgánica que se «sigue el ya citado modelo de desobediencia que han incorporado recientemente países como Portugal».

Ciertamente, Portugal incorporó en el 2019 el delito de enriquecimiento ilícito a su legislación

penal mediante la elevación a delito del incumplimiento de las obligaciones de los funcionarios de declarar sus bienes. Lo que no dice la exposición de motivos es que no es la primera vez que el país luso intenta la tipificación de este delito, pues el Tribunal Constitucional portugués ya declaró su inconstitucionalidad anteriormente, al igual que ha ocurrido en otros países, como Italia, donde el Tribunal Constitucional también declaró que el delito de enriquecimiento ilícito era contrario a la Constitución italiana.

Inspirándose en la fórmula empleada en Portugal, el delito de enriquecimiento ilícito en nuestra legislación, que se tipifica en el nuevo artículo 438 bis del Código Penal, presenta los siguientes elementos:

- Sólo una autoridad puede cometer este delito, de forma que se excluye del círculo de posibles autores al funcionario público. Es completamente excepcional que se omita a los funcionarios a la hora de establecer los posibles sujetos activos de los ilícitos en nuestro Código Penal, ya que siempre se prevé que el delito de que se trate pueda ser cometido por ambas categorías de sujetos. La cuestión no es baladí, puesto que autoridad y funcionario son dos figuras diferenciadas por el propio Código Penal, que contiene una definición en su artículo 24 para cada una de ellas, distinguiéndose la autoridad del funcionario en que el primero tiene capacidad de mando o ejerce jurisdicción propia. Con esta inusual restricción se pretende circunscribir el ámbito de aplicación del delito a aquellos individuos con cotas más altas de poder en la Administración Pública, quienes, en muchos casos, son precisamente los que están obligados a declarar sus bienes, aspecto que conecta con

el último elemento que se comentará de este delito.

- El precepto no sólo prevé como relevante para su aplicación que la autoridad en cuestión incremente su patrimonio, sino también que cancele obligaciones o deudas. Ahora bien, dicho incremento del activo o reducción del pasivo deberá superar los 250 000 euros respecto de los ingresos legítimos del sujeto.
- El marco temporal durante el cual se habrá de experimentar el incremento patrimonial (o la reducción de deudas) de 250 000 euros por encima de sus ingresos acreditados no sólo comprende el tiempo durante el que el sujeto ostente cargo público de autoridad, sino que se extiende a los cinco años posteriores a su cese. Se persigue así habilitar la punición de las autoridades que perciben las gratificaciones ilícitas de forma postergada a la finalización del desempeño de su cargo.
- Buena parte de los delitos de enriquecimiento ilícito que se han tipificado en otros países contienen únicamente los anteriores elementos. No obstante, en nuestra legislación, se incorpora un último requisito para la aplicación del citado delito: la negativa por parte de la autoridad a cumplir con los requerimientos que le efectúen los órganos competentes para comprobar la justificación de sus ingresos y patrimonio. A tenor del preámbulo de la reforma, donde se dice adoptar un modelo de desobediencia, pudiera concluirse que este último elemento del

delito se erige en su aspecto central y con el cual el legislador pretende salvar los recelos ya apuntados sobre la inconstitucionalidad de este nuevo ilícito penal, yendo hacia una tipificación especial de una forma de desobediencia, en la que la acción que se castiga no es el incremento del patrimonio en sí, sino la negativa a justificar su origen (fórmula que ya se ha aplicado en nuestro Código Penal con anterioridad, por ejemplo, con los delitos de negativa a someterse a pruebas de detección de alcohol o drogas en los delitos contra la seguridad del tráfico).

Atendiendo a la voluntad del legislador, podría estrecharse el elenco de las autoridades que pueden cometer este delito a aquellas sobre las que pesa la obligación legal de declarar sus bienes, excluyéndose aquellas otras en las que no recae este deber, si bien la redacción dada al delito de enriquecimiento lícito no aclara que sea así. Ejemplo de imposición de este tipo de obligaciones es la Ley 3/2015, que encarga a la Oficina de Conflictos de Intereses la tarea de velar por su cumplimiento.

Estas y otras cuestiones habrán de ser resueltas por la futura jurisprudencia, incluyendo si el delito de enriquecimiento ilícito resulta o no ajustado a los derechos consagrados en nuestra Constitución. No obstante, este nuevo delito se barrunta de escasa aplicación en la práctica, en especial por el umbral de gravedad de los 250 000 euros y por las dificultades de prueba cuando los bienes que conforman el incremento patrimonial aparecen a nombre de terceras personas.