REVISTA
DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD
(REDS)

Número 25, Época II, 2025

ISSN: 2340-4647

IURE LICET ABOGADOS

Dykinson, S.L.

REVISTA
DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD (REDS)

Número 25, Época II, 2025

ISSN: 2340-4647

Dykinson S.L.

CONSEJO EDITORIAL

-Dirección / Editor

Dr. Dº IGNACIO LLEDÓ BENITO

Profesor Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

-Subdirección

Dra Dña MARÍA LUBOMIRA KUBICA

Profesora de Derecho Civil. UNED (Universidad Nacional a Distancia)

- Secretario

JOSÉ ANTONIO POSADA PÉREZ

Profesor de Derecho penal y criminología en las Universidades de Sevilla e Internacional de la Rioja

-Coordinación editorial

Dra. Dña CARMEN REQUEJO CONDE

Profesora Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales de la Universidad de Sevilla

-Secretario técnico editorial y Coordinador de los equipos de revisión por pares externa

Dr. Dº JOSÉ ANTONIO POSADA PÉREZ

Profesor Contratado Doctor (acred.) de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

-Dra. Doña TERESA AGUADO CORREA

Profesora Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

-Dra. Dª MARÍA ELENA COBAS COBIELLA

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Valencia

Don IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado ICAM

Dra Dña VICTORIA GARCIA DEL BLANCO

Profesora Titular de Derecho penal. URJC

Dra Dña MYRIAM HERRERO MORENO

Profesora Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

Directora Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Sección Sevilla

-Dr. D. FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO

Profesor de Dereito penal Universidade Nova de Lisboa. Nova School of law

-Dr D. JAVIER LARENA BELDARRAÍN

Profesor Titular de Derecho procesal. Universidad de Deusto.

Dra Dña MERCEDES LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA

Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Sevilla

-Dr Dº JUAN JOSÉ MEDINA ARIZA

Profesor Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

-Dr Dº JOSE RICARDO PARDO GATO

Doctor en Derecho. Académico de número de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. Abogado

Dr Dº ALBERT RUDA GONZÁLEZ

Professor Agregat. Dret Civil. Universitat de Girona

PRESIDENCIA DE HONOR DE LA REVISTA REDS

-Dº FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE

Catedrático emérito de Derecho Civil. Universidad de Deusto

-Dº OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Deusto

MIEMBROS HONORÍFICOS *AD HONOREM*

-Dº CARME CHACÓN PIQUERAS

Ex Ministra de Defensa de España

Dº MANUEL MARÍA ZORILLA RUIZ

Ex Presidente del Tribunal de Justicia del País Vasco

Catedrático emérito de la Universidad de Deusto

Dº LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático emérito de Derecho penal. Universidad de Granada

Ex Rector de la Universidad de Granada

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Miembros del Comité:

Presidente

Dr. Dº BORJA MAPELLI CAFFARENA

Catedrático emérito de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

Vocales:

PIERRE LUIGI MARIA DELL´OSSO
Fiscal Antimafia de la República de Italia.
(Procurador Nacional Antimafia de Italia)

CAMILO CELA CONDE
Director del Laboratorio de Sistemática Humana
Universidad de las Islas Baleares

ANTONIO FLAMINI
Doctor y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Camerino, Catedrático de Derecho Civil y miembro de la "Escuela Civilística" que agrupa a los más prestigiosos catedráticos de derecho civil italiano.
Universidad de Camerino (Italia)

LUCIA RUGGERI
Profesora de Derecho civil y Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Camerino

ANGEL REBOLLLEDO VARELA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

JEAN-BERNARD AUBY
Ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París XII. Profesor de Derecho Público en la Universidad de Sciences Po Paris y director de la Acción mutaciones de l'Publique Pública Droit et du (cambios en el Gobierno y Derecho Público, MADP) de Sciences Po Paris.
Universidad de Sciences Po Paris

LORENZO MEZZASOMA
Juez Honorario en el Tribunal de Perugia.
Catedrático Derecho Civil y coordinador de actividades de investigación de Derecho civil de la Universidad de Perugia.
Universidad de Perugia

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR
Cónsul General de España en Brasil

MIGUEL OLMEDO CARDENETE
Catedrático Derecho Penal
Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR
Catedrático Derecho Penal
Universidad de Jaén

ANA DÍAZ MARTÍNEZ
Catedrática de Derecho Civil.
Universidad de Santiago de Compostela

DOMINGO BELLO JANEIRO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Coruña

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao

LUZ MARTÍNEZ VALENCOSO
Catedrática de Derecho Civil Universidad de Valencia

GUILLERMO OLIVEIRA
Catedrático emérito de Derecho Civil.
Experto en Bioética, Derecho y Medicina
Universidad de Coimbra

VASCO PEREIRA DA SILVA
Doctor en Derecho, Ciencias Jurídicas y Políticas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa. Doctor Honoris Causa por UNIPLAC
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Lisboa

EDUARDO VERACRUZ PINTO
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa.
Presidente de la Junta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa.
Universidad de Lisboa

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA
Notario y Presidente de Euskaltzandia
(Academia de la Lengua Vasca)

ENRIQUE GADEA SOLER
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Deusto

VANESA GARCÍA GARCÍA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

ARNEL MEDINA CUENCA
Profesor Titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.
Expresidente de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.
Universidad de La Habana (Cuba)

MAYDA GOITE PIERRE
Profesora Titular de Derecho Penal,
Presidenta de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.
Universidad de La Habana (Cuba)

LEONARDO PÉREZ GALLARDO
Profesor Titular de Derecho Civil y de Derecho Notarial. Notario.
Universidad de La Habana (Cuba)

RAÚL CERVINI
Catedrático de Derecho Penal y Encargado de Posgrados e Investigaciones Internacionales
Universidad Católica del Uruguay

Mª JOSÉ CRUZ BLANCA
Catedrática de Derecho penal.
Universidad de Jaén

AGUSTÍN LUNA SERRANO
Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris Causa de la Universidad de La Sapienza (Roma) y Doctor Honoris Causa por la Universidad de Almería.
Universidad de Barcelona

NICOLAS REDONDO TERREROS
Abogado y Analista político

FERNANDO GARCIA DE CORTÁZAR Y RUÍZ DE AGUIRRE
Catedrático de Historia. Director de la Fundación 2 de Mayo, Nación y Libertad.
Premio Nacional de Historia.

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO
Presidente Honorario y Fundador de la Asociación de Abogados de Familia y Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ
Catedrático de Derecho Civil y Consejero del Poder Judicial.

ALFONSO CANDAU PEREZ
Ex Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la propiedad de España.

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO
Decano Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana de Bogotá.
Universidad Javeriana de Bogotá

ROXANA SÁNCHEZ BOZA
Abogada en el Despacho Suarez y Sánchez. Notaria Pública. Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Costa Rica y Universidad Latina

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Granada.

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

ALEJANDRO MARTINEZ CHARTERINA
Doctor en Derecho y Catedrático emérito Derecho Económico. Director del Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho. Vocal del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi.
Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS
Doctora en Derecho y Catedrática Derecho Mercantil. Consejera académica en Baker & McKenzie.
Universidad Carlos III de Madrid

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL
Catedrático de Derecho Civil
Universidad ICADE Madrid

LETICIA GARCIA VILLALUENGA
Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTINEZ
Abogado egresado en la (UFT), Especialización en Criminología y Derecho Constitucional).
Universidad Fermín Toro (Venezuela)

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE
Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad Católica del Uruguay

VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO
Notario, miembro de la Comisión General de Codificación (coordinador) y presidente de la Asociación para el Diálogo

Mª CARMEN GARCÍA GARCÍA
Catedrática de Derecho Civil.
Universidad de Granada

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Córdoba

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Diplomado en Sociología Política y en Administración de Empresas. Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor honoris causa por las Universidades de Messina (Italia) y Pontificia Universidad Católica del Perú.
Universidad Autónoma de Madrid

ALEJANDRO MIGUEL GARRO
Doctor en Derecho, Investigador Senior de la Escuela Parker de Derecho Extranjero y Comparado.
Universidad Columbia Law School NY

GUILLERMO ALCOVER GARAU
Catedrático Derecho Mercantil.
Universidad Islas Baleares

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS
Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universidad de las Islas Baleares.
Universidad de las Islas Baleares

JAVIER VALLS PRIETO
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

PEDRO MUNAR BERNAT
Catedrático Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares

RAFAEL LINARES NOCI
Profesor Titular Derecho Civil
Universidad de Córdoba

ANA HERRÁN ORTIZ
Profesora Titular de Derecho
Civil Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LOPEZ
Fiscal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y Profesor encargado de Derecho internacional penal.
Universidad de Deusto

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO
Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Bilbao

RAMÓN MÚGICA ALCORTA
Notario y Abogado del Estado

ASTOLFO DI AMATO
Licenciado en Derecho en La Sapienza (Roma). Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Políticas. Magistrado de la Corte Constitucional.

LLORENÇ HUGUET ROTGER
Rector de la Universidad de Islas Baleares. Catedrático de Ciencias de la Computación e Inteligencia Artificial.
Universidad de Islas Baleares

MARIA JESUS CAVA
Catedrática de Historia Contemporánea.
Universidad de Deusto

JAVIER BATARRITA GAZTELU
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia

CONCEPCIÓN NIETO-MORALES
Doctora en Sociología. Trabajadora Social en Fiscalía en el Servicio de Apoyo a la Administración de Justicia Junta de Andalucía
Universidad Pablo de Olavide

JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ
Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Madrid. Presidente del Consejo General del Notariado

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO
Licenciado (1986), Master en Derecho (1991) y Doctor en Derecho (2013), con una tesis en Derecho Penal. Ha sido Asistente FDUL (1986-2000) y Profesor Adjunto de UAL (1987-2000). Profesor de Derecho penal en la Nova School of Law de la Universidade Nova de Lisboa

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valencia

Mª ISABEL GONZÁLEZ TAPIA
Profesora Titular de Derecho Penal (UCO) y Abogada
Universidad de Córdoba

Mª JESÚS ARIZA COLMENAREJO
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

LÁZARO RODRIGUEZ ARIZA
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad de Granada

FRANCISCO RODRIGUEZ ALMIRÓN
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho penal de la Universidad de Granada.

Mª ELENA COBAS COBIELLA
Profesora Titular Derecho Civil
Universidad de Valencia

CRISTINA GIL MEMBRADO
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares

MANUEL A. GÓMEZ
Professor of Law and Associate Dean of International & Graduate Studies
Florida International University College of Law

CARMEN MUÑOZ GARCÍA

Profesora Titular de Derecho Civil UCM.

Catedrática acreditada

MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ DÍAZ

Catedrática de Derecho penal UGR.

Directora del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Sección Granada.

JAVIER VALLS PRIETO

Catedrático de Derecho penal UGR.

Ethics and Legal expert.

SECCIONES PERMANENTES EN LA REVISTA: Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)

Coordinador de Derecho Público, Sociedad Civil e Historia:

Dr Dº IGNACIO LLEDÓ BENITO

Profesor Titular Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

Coordinadora de Derecho Privado, Bioderecho, IA y Tecnologías disruptivas:

Dr. Dª MARÍA LUBOMIRA KUBICA

Profesora de Derecho Civil. UNED

Coordinadora de Criminología e Igualdad:

Dra. Dª BÁRBARA SORDI STOCK

Profesora Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales

Universidad de Sevilla

Coordinador de las Relaciones Internacionales con Iberoamérica:

Sergio Alonso Garcia Long

Profesor Derecho civil. Pontificia Universidad Católica del Perú

Coordinador de Nuevas formas de criminalidad y lucha contra la corrupción:

Dr Dº JESÚS MARTÍN MUÑÓZ

Profesor de Derecho penal

UCM

Coordinadora de la sección de entrevistas en Derecho penal y Criminología:

Dra Dña Ana Belén Valverde Cano

Profesora Derecho penal UCM. Becaría Ramón y Cajal

Coordinadora de la Sección Jurisprudencial.

Dra Dña Mercedes Barragán López

Profesora de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

Coordinadora Sección Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional

Dra Dña EMILIA Mª SANTANA RAMOS

Profesora Titular (acred.) de Filosofía del Derecho de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Coordinador de Economía, Empresa, Estudios Financieros y Negocios

Dr. Dº JONATHAN TÉLLEZ TORRES

Profesor Ayudante Doctor de Derecho penal y Ciencias Criminales.Universidad de Sevilla

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)

Compra directa a través de nuestra web:

www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

REVISIÓN POR PARES

CONSIDERACIONES DE FUNCIONAMIENTO

1) PRIMERA FASE: REVISIÓN PRENSA

El secretario técnico presenta un informe de evaluación previa en el que justifica los criterios formales y sustantivos de aceptación para su publicación en la Revista

2) SEGUNDA FASE: EVALUACIÓN POR PARES

- El artículo se envía a dos evaluadores especialistas en a temática del autor del trabajo y que serán ajenos al centro universitario del autor del trabajo.
- Los evaluadores ad hoc examinarán la metodología, análisis, rigor dogmático sistemático, tratamiento bibliográfico, actualidad del tema y su aportación real a la trasferencia de conocimiento.
- Los evaluadores externos contarán un plazo de 4 semanas para enviar una plantilla de CRITERIO REDS para su análisis formal y material del trabajo presentado.

- La autoría de los informes no será revelada en ningún caso a los autores de los trabajos, ni estos conocerán la identidad de los informantes.
- Caso de divergencia o contradicción en el dictamen de los informantes decidirá el Consejo Asesor a propuesta del secretario técnico y responsable de la revisión de los evaluadores externos.
- El Consejo asesor dilucidará con la mayor prontitud la idoneidad o no del trabajo objeto de publicación.

ÍNDICE

EDITORIAL.....17

1. LA LEY DE EQUIDAD DIGITAL: HACIA UN ENTORNO DIGITAL MÁS JUSTO PARA LOS CONSUMIDORES EN LA UE.....19

Luz M. Martínez Velencoso

2. LA POSICIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO NO PROGENITOR EN LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS CON RESPECTO A LA VIVIENDA FAMILIAR. SU VULNERABILIDAD POR RAZONES DE EDAD, DISCAPACIDAD Y CARENCIA DE RECURSOS.....37

Vanessa García Herrera

3. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: Aproximación de las instrucciones de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública a la Regulación y Jurisprudencia del Tribunal supremo.....69

Marina Pérez Monge

4. LIMITAR LA HIPERACCESIBILIDAD AL PASADO DIGITAL: LA CLAVE DEL DERECHO AL OLVIDO.....85

Dra. María Teresa Pérez Giménez

5.TAKING PUNITIVE DAMAGES SERIOUSLY ONCE AGAIN.....113

Sergio García Long

6. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS AL BOSQUE TROPICAL SECO: HACIA UNA GOBERNANZA BASADA EN EL VALOR INTRÍNSECO EN LA MONTAÑA DE GUERRERO -MÉXICO.....127

Omar Huertas Díaz y Zaire Vázquez

7. NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO POR DEFCIENCIAS E IRREGULARIDADES EN LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN.....147

Mª José Achón Bruñén

8.DERECHOS HUMANOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL.....179

Dra. Alma de los Ángeles Ríos Ruíz

9. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN REDES SOCIALES: NUEVAS FORMAS DE AGRESIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL.....189

Gloria Auriestela Hernández Pérez / Guillermo de la Cruz Hernández

10. EL CIBERACOSO COMO NUEVA MODALIDAD DE VIOLENCIA. UN RIESGO EN LA SOCIEDAD ACTUAL DE LA INFORMACIÓN.....199

Mileidy García Plá

11. TIPO PENAL BUSCA APLICACIÓN: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO DEL ART. 438 BIS CP.....209

Jesús Martín Muñoz

12. DEBATES SOBRE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD: ENTREVISTA A JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ.....227

Coordinadora de la sección: Ana Belén Valverde-Cano

RENCENSIONES

- Recensión a Eckart J. Brödermann, Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Comentario artículo por artículo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2024, traducción coordinada por Christian F. Zinser Cieslik y Pedro Mendoza Montano (publicado originalmente como Eckart J. Brödermann, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. An Article-by-Article Commentary, 2nd edn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2023).....237

Sergio García Long

- Recensión a Javier González Martin (2025): Los elementos formativos de la Historia Tiempo, mito, generación. ilustración, progreso, crisis y barbarie. Córdoba Almuzara. 2025.....241

Julio César Muñiz Pérez

- Recensión a Francisco Ramón Lara Payán. La mediación obligatoria moderada (MOM) en el marco de la preceptividad de los MASC. Tirant Lo Blanch. 2025.....243

María Elena Cobas Cobiella

TIPO PENAL BUSCA APLICACIÓN:

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO DEL ART. 438 BIS CP*

Jesús Martín Muñoz
Profesor Ayudante Doctor de Derecho penal
Universidad Complutense de Madrid

Fecha de recepción: 01/10/2025
Fecha de aceptación: 08/10/2025

RESUMEN: La LO 14/2022, de 22 de diciembre, introdujo en el art. 438 bis del Código Penal español el delito de enriquecimiento injustificado. Como en la tramitación de esta ley se omitió la realización de diversos informes y el precepto en cuestión entró como una enmienda a la que apenas se le prestó atención durante su estadía en el Parlamento, el tenor literal del art. 438 bis CP ofrece más dudas que certezas. El trabajo propone ciertas pautas interpretativas a la luz de los principales trabajos doctrinales elaborados sobre el particular a la espera de que los órganos jurisdiccionales lo apliquen por primera vez.

ABSTRACT: Organic Law 14/2022, of December 22, introduced the crime of unjustified enrichment into Article 438 bis of Spanish Criminal Code. Since this Law was approved without carrying out various reports and since this provision was introduced as an amendment that received little attention during its time in Parliament, the wording of Article 438 bis of the Criminal Code raises more questions than it answers. This paper proposes certain interpretative guidelines considering the main doctrinal works on the subject, pending its first application by the courts.

PALABRAS CLAVE: Enriquecimiento injustificado, enriquecimiento ilícito, corrupción, criminalidad económica.

KEYWORDS: Unjustified enrichment, Illicit enrichment, corruption, white-collar criminality.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA LO 14/2022; 2. EL PORQUÉ DEL ART. 438 BIS; 3. TIPO OBJETIVO; 3.1. Bien jurídico protegido; 3.2. Sujeto activo; 3.3. El presupuesto típico: la obtención de un incremento patrimonial o cancelación de deudas superior a 250.000 € con respecto a los ingresos acreditados; 3.3.1. Naturaleza jurídica; 3.3.2. Cuantificación; 3.4. Conducta típica: la desobediencia al requerimiento de justificación patrimonial practicado por órgano

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "Estrategias transversales para la prevención de la delincuencia económica y la corrupción" (PID2021-123028OB-I00; Investigadores Principales: Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno –Universidad Complutense de Madrid– y David Carpio Briz –Universidad de Barcelona–). El autor es miembro del equipo de trabajo de dicho proyecto.

competente; 3.4.1. Los órganos competentes; 3.4.2. La negativa abierta a cumplir el requerimiento; 4. TIPO SUBJETIVO; 5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS; 5.1. Penalidad; 5.2. ¿Decomiso?; 6. CUESTIONES CONCURSALES; 7. CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar el delito de enriquecimiento injustificado de autoridades del art. 438 bis CP. Este delito, introducido en el Código Penal español (CP) con la entrada en vigor de la Ley Orgánica (LO) 14/2022, de 22 de diciembre[1], castiga con pena de prisión de seis meses a tres años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años a la autoridad que, durante el desempeño de su función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos, hubiere obtenido un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas por un valor superior a 250.000 euros con 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.

Se trata de un delito peculiar por varias razones. En primer lugar, cuenta con múltiples requisitos de aplicación, algunos de los cuales presentan una naturaleza jurídica muy poco clara. En segundo lugar, accedió a nuestro ordenamiento jurídico de un modo singular: por vía de enmienda a una proposición de ley orgánica formulada por el mismo grupo promotor del texto legal. Y, en tercer lugar, hasta la fecha aún no parece haber sido aplicado por los órganos judiciales.

Todo ello justifica que este extraño precepto vaya a ser, en las próximas páginas, objeto de comentario. El trabajo comenzará con la exposición de los avatares de la tramitación parlamentaria de la LO 14/2022, que trajo al art. 438 bis CP al mundo jurídico (1). Después, se reflexionará sobre cuál es la aparente finalidad que ha movido al legislador a crear este precepto (2). Tras esto, se acometerá el análisis dogmático del art. 438 bis CP, comenzando por el estudio de su tipicidad objetiva (3) y subjetiva (4), para después pasar a sus consecuencias jurídicas (5) y sus posibles relaciones concursales (6). Por último, se formularán unas conclusiones en las que se pondrán de relieve algunos de los puntos más conflictivos del régimen jurídico del art. 438 bis CP (7).

1. LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA LO 14/2022

El 12 de enero de 2023 entró en vigor la LO 14/2022, de 22 de diciembre, que, además de traer consigo otras modificaciones de calado, introdujo en el CP el art. 438 bis. La tramitación de esta norma fue bastante particular por varios motivos. De ellos, interesa destacar dos.

El primero es que su texto original entró en el Parlamento adoptando la forma de proposición en lugar de la de proyecto de ley. Este hecho es digno de reseñar no sólo porque los proyectos de ley hayan constituido la vía más habitual para canalizar la iniciativa legislativa desde la reinstauración de la democracia en España[2], sino porque las

[1] BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2022.

[2] Si bien es cierto que, si se atiende a las reformas operadas en el CP en las últimas tres legislaturas, el número de proposiciones ha superado al de proyectos de ley: dos proposiciones y ningún proyecto en la decimosegunda y once proposiciones y seis proyectos en la decimocuarta. En la decimotercera legislatura, que duró poco más de cuatro meses (del 21 de mayo al 24 de septiembre de 2019), no hubo tiempo para practicar ninguna modificación del citado cuerpo legal. Sobre la cuestión, Í. ORTIZ DE URBINA GIMENO, "La ley penal: manual de producción para el legislador honesto", en *Teoría y Derecho*, núm. 38, 2025, p. 47.

proposiciones tienen un régimen jurídico distinto al de los proyectos de ley en lo que se refiere a su tramitación.

De acuerdo con el art. 88 de la Constitución Española (CE), los proyectos de ley deberán presentarse por el Consejo de Ministros al Congreso de los Diputados "acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos". Este precepto ha sido desarrollado por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno[3], cuyo art. 26 prevé, entre otros, dos importantes trámites que deben observarse en la redacción de anteproyectos de ley: la sustanciación de una consulta pública (apartado 2) y la elaboración de una memoria de análisis de impacto normativo en la que consten, además de las razones que justifiquen la oportunidad de la propuesta, un estudio del contenido de la futura norma en el que se expongan las disposiciones que quedarán derogadas como consecuencia de su eventual entrada en vigor, otro en el que se exponga la adecuación de la propuesta al orden de distribución de competencias, y un apartado en el que se trate el impacto económico y presupuestario, de género y, en su caso, en materia de cambio climático de la norma proyectada (apartado 3). Al haberse escogido la vía de la proposición de ley, la tramitación parlamentaria del texto que acabaría convirtiéndose en la LO 14/2022 se llevó a cabo sin la realización de la consulta previa y sin la elaboración de la memoria de análisis de impacto normativo[4].

El segundo es su contenido tan heterogéneo. El título completo de la ley ya da una pista sobre esta cuestión: "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".

Con todo, este título omite algunas de las reformas más importantes que esta ley introdujo en el CP, que accedieron por vía de enmienda. Una de ellas fue la modificación del delito de malversación[5]. En líneas generales, esta reforma supuso que el delito en cuestión volviera al régimen jurídico que tenía antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo[6]. La otra es la que justifica este trabajo: la introducción del delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades en el actual art. 438 bis CP. En concreto, este precepto se introdujo en el CP a través de la enmienda núm. 64, formulada por los grupos proponentes de la iniciativa legislativa y, a la sazón, integrantes del Gobierno de la nación: el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común[7]. Teniendo en cuenta esta última circunstancia, resulta

[3] BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1997.

[4] Esto no quiere decir, sin embargo, que las proposiciones de ley no deban ir acompañadas de ningún antecedente. De hecho, el art. 124 del Reglamento del Congreso (RC), de 10 de febrero de 1982, se pronuncia exactamente igual que el art. 88 CE con los proyectos de ley: "Las proposiciones de ley se presentarán acompañadas de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellas". Teniendo en cuenta que la Ley del Gobierno sólo se refiere a los proyectos de ley, es difícil determinar qué antecedentes son éstos y en qué se diferencian de los requeridos para la tramitación de los proyectos de ley. Sea como fuere, puede ponerse en entredicho que los grupos parlamentarios proponentes de la iniciativa que acabaría materializándose en la LO 14/2022 hubieran cumplido con la obligación establecida en el art. 124 del RC: su texto se presentó ante la Mesa del Congreso sin ningún documento adicional. No es que los antecedentes no fueran los "necesarios para poder pronunciarse" sobre la iniciativa: es que éstos no existían. Sobre la cuestión, así como sobre las competencias de la Mesa del Congreso para inadmitir a trámite las proposiciones de ley carentes de cualquier antecedente, Í. ORTIZ DE URBINA GIMENO, "La ley penal…, *cit.*, 2025, pp. 51-53.

[5] Se trataba de la enmienda núm. 48, propuesta por el Grupo Parlamentario Republicano. Ver "Enmiendas e índice de enmiendas al articulado. Proposición de Ley Orgánica 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 (122/000271)", en BOCG (Congreso de los Diputados), Serie B, núm. 295-4, de 15 de diciembre de 2022, pp. 71-72. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-295-4.PDF#page=1 [Consulta: 28/09/2025].

[6] BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27061-27176. Sobre las principales modificaciones en el delito de malversación que la entrada en vigor de la LO 14/2022 trajo consigo, ver L. ROCA DE AGAPITO: "Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado", en *Diario La Ley*, núm. 10230, 2023, pp. 12-14.

[7] "Enmiendas e índice de enmiendas al articulado. Proposición de Ley Orgánica 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 (122/000271)", en BOCG (Congreso de los Diputados), Serie B, núm. 295-4, de 15 de diciembre de 2022, p. 90. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-295-4.PDF#page=1 [Consulta: 22/09/2025].

aún más llamativo que se haya escogido la vía de la proposición en lugar de la del proyecto de ley.

2. EL PORQUÉ DEL ART. 438 BIS

Pese a haberse introducido de manera tan sigilosa en la tramitación parlamentaria, la finalidad perseguida por el legislador con la creación de este precepto se expone con claridad en el Preámbulo de la LO 14/2022: mejorar la lucha contra la corrupción. Quedando esto claro, no lo está tanto por qué esa reforma era procedente *ahora*.

Tanto en el Preámbulo como en la justificación de la enmienda que lo incorporó a la proposición se sostiene que la adición del art. 438 bis CP ha tenido dos efectos en la legislación española: por un lado, alinearla con los principales textos internacionales sobre la materia y, por otro, homologarla con la situación de otros países europeos.

En cuanto a lo primero, se traen a colación la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción –popularmente conocida como la Convención de Mérida, en honor a la ciudad mexicana en la que se adoptó– y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada "Productos de la delincuencia organizada: garantizar que 'el delito no resulte provechoso'". Llama la atención que se apele a estos textos como razones justificativas de la reforma si se tiene en cuenta que el primero fue adoptado el 31 de octubre de 2003[8] y el segundo el 20 de enero de 2008[9]: más de diecinueve y catorce años antes de la reforma que ahora se está estudiando.

A ello hay que añadirle, además, que ninguno de esos dos textos obliga a España a tipificar ningún delito de enriquecimiento injustificado o ilícito. Es cierto que en el art. 20 de la Convención de Mérida se destaca como una acción ejecutable por los Estados parte tipificar como delito "el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él". En una línea similar va la Comunicación de la Comisión, en cuyo punto 3.3.2. se habla de crear un delito de "posesión de bienes 'injustificados'" que permita "perseguir los productos del delito en aquellos casos en los que su valor resulte desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario", siempre que éste, además, "tenga contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas". Ahora bien, lo único a lo que obliga el art. 20 de la Convención de Mérida es a que los Estados parte *consideren* la posibilidad de realizar dicha tipificación. Por otro lado, la Comunicación de la Comisión, que prevé muchas otras medidas además de la eventual introducción del delito ahora comentado[10], sólo se pronuncia indicando que los Estados miembro "podrían" modificar sus legislaciones nacionales en ese sentido.

Por su parte, en cuanto al segundo efecto, la homologación del Código Penal español a la situación de otros ordenamientos europeos, hay que partir de que en el Preámbulo se menciona la situación de Francia, Luxemburgo, Portugal y Lituania. Es cierto que estos países cuentan con disposiciones específicamente creadas al amparo del art. 20 de la Convención de Mérida[11]. Sin embargo, me parece discutible que esto constituya un argumento a favor de que España también deba preverlo. Pese a que en Europa haya *algunos*

[8] Hay que precisar que España firmó la Convención unos años después: concretamente, el 16 de septiembre de 2005. La entrada en vigor del texto para España se produjo el 14 de diciembre de ese mismo año. Son algo menos de los años indicados en el texto, pero siguen siendo muchos. El instrumento de ratificación de la Convención, de 9 de junio de 2006, obra en el BOE núm. 171, de 19 de julio de 2006, pp. 27132-27153.

[9] Puede accederse al contenido de esta comunicación desde el siguiente enlace: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52008DC0766 [Consulta: 24/09/2025].

[10] Me parece especialmente significativa la frase con la que se abre este texto: "La presente Comunicación se centra en el decomiso y la recuperación de los productos del delito en la Unión Europea". De hecho, el único fragmento de la Comunicación en el que se aborda la posibilidad de adoptar el delito de enriquecimiento ilícito o injustificado es el segundo párrafo del punto 3.2.2., mencionado en el texto, que apenas ocupa cinco líneas.

[11] Para un estudio del Derecho comparado europeo, ver A. RAGA I VIVES: *El delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades. Estudio de la figura y de sus límites constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 85-92, 106-122 y 122-125.

Estados que han tipificado el delito de enriquecimiento ilícito o injustificado, lo cierto es que *la mayoría de ellos* no cuentan con él[12].

Además, en la mayoría de los países citados por el legislador, la previsión de estos delitos tampoco ha sido especialmente pacífica. Por ejemplo, de acuerdo con el informe del Mecanismo de revisión de la implementación de la Convención de Mérida, de 2015, el Comité nacional contra la corrupción de Luxemburgo recomendó no introducir en su legislación un delito de estas características. En opinión del Comité, este delito llevaría consigo, en la práctica, una inversión de la carga de la prueba en procesos por corrupción. Pese a ello, el Código Penal de Luxemburgo cuenta con este delito en su art. 324 quater desde 2018[13]. Más polémica fue su introducción en Portugal, donde el delito de enriquecimiento ilícito, creado en 2012[14], fue declarado inconstitucional en 2015[15]. A lo anterior hay que añadirle que, en otro país no mencionado por el legislador, pero indudablemente perteneciente al contexto español, como es Italia, este delito fue declarado inconstitucional en dos ocasiones[16]. Mientras que en Portugal se optó por crear un delito de desobediencia cualificada y ocultación intencionada de bienes en 2022 inspirado en el art. 20 de la Convención de Mérida[17], en Italia, sin embargo, no se retomaron los esfuerzos para incluir un delito de enriquecimiento ilícito o injustificado tras las dos declaraciones de inconstitucionalidad[18].

A tenor de lo que se acaba de decir, parece que la tipificación de un delito de estas características es algo polémico y que dependerá en gran medida de las posibilidades de los ordenamientos internos. No es de extrañar, por tanto, que no exista ninguna obligación internacional de prever estos delitos y que el art. 20 de la Convención de Mérida indique expresamente que los Estados parte sólo procedan a su adopción si es "[c]on sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico".

La controversia de esta infracción, sin embargo, es inversamente proporcional a la atención que le prestaron los diputados y senadores españoles. El proyectado art. 438 bis CP no recibió apenas atención durante toda la tramitación de lo que acabaría siendo la LO 14/2022[19]. Tan es así que su texto actual es exactamente el mismo que el que tenía la enmienda de la que trae causa. Esta forma de proceder de los parlamentarios españoles es, para empezar, desalentadora desde el punto de vista de los derechos fundamentales: si la creación de un delito como el proyectado puede atentar contra algunas garantías constitucionales, como, de hecho, se ha declarado en otros países de nuestro entorno, habría sido de agradecer un debate en el que se explicara por qué en el caso español esto no sucedería. Pero, además, también es frustrante desde el punto de vista de la teoría jurídica del delito. Ni la enmienda ni el Preámbulo de la LO 14/2022 contienen la más mínima explicación sobre cómo deben interpretarse los términos del art. 438 bis CP. Que los diputados y senadores hubieran expuesto sus ideas al respecto podría haber arrojado algo de luz sobre la cuestión. Esta falta de aportación de argumentos por parte del legislador hace que el estudio dogmático del art. 438 bis CP, que se aborda a continuación, resulte especialmente complejo.

---

[12] En este sentido, C. MIR PUIG: "El delito de enriquecimiento ilícito o injusto", en V. GÓMEZ MARTÍN (dir.), *et al.*: *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022, pp. 1254-1255.

[13] Ley de 1 de agosto de 2018.

[14] Por Decreto 37/XII, de la Asamblea de la República, de 10 de febrero de 2012.

[15] Acuerdo del Tribunal Constitucional núm. 377/2015.

[16] Sentencias de la Corte Constitucional núm. 48, 1994 y núm. 370, 1996.

[17] Ley 4/2022, de 6 de enero.

[18] Sobre la cuestión, A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, pp. 102-105.

[19] En efecto, la única mención que se hizo del mismo en el debate parlamentario fue en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados de 15 de diciembre de 2022, en la que se aprobó el Dictamen de la Comisión de Justicia que proponía, entre otras cosas, la creación del art. 438 bis CP. Concretamente, fue el diputado del Bloque Nacionalista Gallego, el señor Rego Candamil, quien criticó la redacción del proyectado art. 438 bis CP: en su opinión, debía rebajarse el umbral de los 250.000 € e incluir a los funcionarios como sujeto activo en lugar de prever como tal, únicamente, a las autoridades. Ninguna de las críticas fue atendida. "Sesión plenaria núm. 226", en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 234, 2022, p. 6. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-234.PDF#page=3 [Consulta: 30/09/2025].

3. TIPO OBJETIVO

3.1. Bien jurídico protegido

La cuestión relativa a cuál es el bien jurídico-penalmente protegido por el art. 438 bis CP ha sido muy debatida[20]. Su respuesta está estrechamente relacionada, en mi opinión, con otra cuestión: cuál es su conducta típica[21]. El precepto castiga la "negativa abierta" a justificar la causa de un incremento patrimonial una vez que se haya practicado el correspondiente requerimiento por el órgano competente para llevar a cabo dicha comprobación. El art. 438 bis CP es, por tanto, un delito de desobediencia[22]. Así lo califica, de hecho, el propio legislador en el Preámbulo de la LO 14/2022. Teniendo en cuenta tanto el diseño del tipo como esa declaración expresa del legislador, no se comprende por qué se ha optado por ubicar sistemáticamente a este delito en el Capítulo VIII del Título XIX, en el que se contienen los fraudes y exacciones ilegales, en lugar de en el Capítulo III del mismo Título, junto con los demás delitos de desobediencia.

De esta idea, RAGA I VIVES deriva la, a mi juicio, razonable consecuencia de que el bien jurídico-penalmente protegido por el art. 438 bis CP es, como en cualquier otro delito de desobediencia, el principio de autoridad. Según la autora citada, este principio se encontraría, en el art. 438 bis CP, en relación con el art. 103.1 CE. Este precepto dispone que "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales". Para garantizar dicha imparcialidad, ciertas normas jurídicas han impuesto especiales deberes de transparencia a determinados servidores públicos. Tal y como aclara RAGA I VIVES, la razón de ser de estos deberes que "[l]a sociedad democrática precisa conocer que las autoridades toman decisiones 'objetivamente' al servicio de los intereses generales, esto es, que no están inmersas en conflictos de intereses que pueden desviar la atención hacia intereses privados"[23]. Si la desviación entre los ingresos explicables con arreglo al ejercicio del cargo y aquellos otros que no reúnen esa cualidad es suficientemente grande –como sucede en el art. 438 bis CP–, no resulta problemática, en mi opinión, la decisión político-criminal consistente en reforzar jurídico-penalmente esos deberes de transparencia.

La interpretación que otorga al principio de autoridad la cualidad de bien jurídico-penal protegido por el art. 438 bis CP permite orillar posibles problemas de inconstitucionalidad por dos vías. Por un lado, porque, como el propio legislador reconoce, al diseñar al precepto estudiado como un delito de desobediencia, se evita su posible interpretación como un delito de sospecha; es decir, como un delito en el que se castigue a la autoridad por presumir que, al carecer sus ingresos de justificación, éstos proceden de una actividad ilícita. Por otro, porque el principio de autoridad es un bien jurídico que no resulta ajeno a muchos otros preceptos del CP. Con ello, se dispone de una posible respuesta frente a las opiniones que consideran que este delito no protege ningún interés específico[24].

---

[20] Una exposición de las principales líneas de debate se encuentra en J. DEL CARPIO DELGADO: *El delito…*, *cit.*, 2023, pp. 79-86.

[21] Una reconstrucción similar se encuentra en A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, pp. 215-216.

[22] De ahí que resulte mejor calificarlo como un delito de enriquecimiento "injustificado" en lugar de como uno de enriquecimiento "ilícito". Como con claridad expone RAGA I VIVES: "En efecto, atendiendo al Derecho positivo, el delito del 438 bis CP no se basa en que la autoridad haya 'mercadeado' con su cargo, no se está sancionando un presunto delito previo que no ha quedado probado (pese a que pueda ser la razón en la que se inspira el precepto), sino en que la autoridad se niegue abiertamente a atender al requerimiento que le es debido". A. RAGA I VIVES: "El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades", en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *et al.*: *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 201.

[23] Ibid., p. 232.

[24] Es, por ejemplo, el caso de OLAIZOLA NOGALES, para quien el art. 438 bis CP no añade nada más que una respuesta a la infracción de los deberes de transparencia impuestos por las normas administrativas. En opinión de la autora, la transparencia no es un bien jurídico específico y merecedor de protección penal. Su tutela a través de las normas administrativas le resulta, por ello, suficiente. I. OLAIZOLA NOGALES: "El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?", en *Revista penal*, núm. 52, 2023, pp. 193-194. Disponible en: https://revistapenal.tirant.com/index.php/revista-penal/issue/view/1 [Consulta: 26/09/2025].

3.2. Sujeto activo

El art. 438 bis CP es un delito especial propio: su autor sólo puede serlo quien sea considerado "autoridad". De acuerdo con el art. 24.1 CP, es autoridad, a efectos penales, el que "por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia". Este precepto se cierra con una enumeración ejemplificativa de cargos que tienen dicha consideración: los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo, así como los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía Europea. Debe tenerse en cuenta que esta lista no excluye otros sujetos que tengan las características expresadas en la definición de la primera frase del art. 24.1 CP, si bien todos los contenidos en ella reúnen la condición de autoridad y, por tanto, podrían ser, potencialmente, sujetos activos del delito tipificado por el art. 438 bis CP.

Se dice "potencialmente" porque, pese a que normalmente ostentar dicha condición lleva ínsito estar sujeto a ciertos deberes de justificación patrimonial, esto no siempre sucede así[25]. Por lo tanto, pese a que, en principio, cualquier autoridad podría ser autora del delito, sólo aquellas que estén sujetas a estos específicos deberes de transparencia son las que se encuentran en situación de responder penalmente[26].

Para delimitar quiénes son estas autoridades es preciso recurrir a la normativa administrativa que impone esos deberes de transparencia. Siguiendo a RAGA I VIVES[27], se incluyen en este elenco:

- Los altos cargos de la Administración General del Estado. Éstos se relacionan en el art. 1.2 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado[28]. En el art. 17 de esta ley se reglamenta el contenido de la declaración de bienes y derechos que estos deben presentar tras tomar posesión en su cargo.
- Los altos cargos de las Comunidades Autónomas de conformidad con su normativa correspondiente. En la actualidad, todas las Comunidades Autónomas exigen de sus altos cargos que presenten declaraciones similares a las previstas para los altos cargos nacionales.
- Diputados y senadores (art. 160 LO 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General[29]).
- Miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas de conformidad con su normativa correspondiente. En la actualidad, todas las Comunidades Autónomas exigen de sus parlamentarios que presenten declaraciones similares a las previstas para los diputados y senadores.
- Los representantes locales, así como los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local (art. 75.7 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local –LRBRL–[30]).
- El Presidente, los Vocales y el Secretario General del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), quienes, en atención a lo dispuesto por el art. 579.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)[31], también están sujetos al deber de presentar declaración patrimonial previsto en el art. 17 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo.

Ni los particulares ni quienes sólo reúnan la condición de funcionario pueden ser castigados como autores de este delito. Esta última exclusión no tiene parangón en ninguna de las infracciones tipificadas en el Título XIX del Código Penal, pues todas ellas consideran como sus posibles autores tanto a los funcionarios como a las autoridades. Ni en el Preámbulo

---

[25] A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *op. cit.*, 2025, p. 268.
[26] En sentido similar, C. MIR PUIG.: "Artículo 438 bis", en M. CORCOY BIDASOLO (dir.); S. MIR PUIG (dir.), *et al.*: *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2024, p. 1874.
[27] A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *op. cit.*, 2025, pp. 271-284.
[28] BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.
[29] BOE núm. 147, de 20 de junio de 1985.
[30] BOE núm. 80, de 3 de abril de 1985.
[31] BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

de la LO 14/2022 ni en ningún documento de su tramitación parlamentaria se dan las razones justificativas de este diseño[32]. Lo cierto es que, por norma general, quienes están obligados a justificar su patrimonio encajan en el concepto de autoridad del art. 24.1 CP. Sin embargo, también existen cargos públicos que, pese a no ostentar tal condición, están igualmente sujetos a esos deberes de transparencia. El caso más problemático quizá sea el de los concejales de ayuntamientos, miembros de las juntas de gobierno local y, por tanto, obligados a declarar su patrimonio y las actividades que les generen ingresos *ex* art. 75.7 LRBRL, pero a los que la jurisprudencia en unas ocasiones les ha negado el rango de autoridad[33] y se lo ha reconocido en otras[34]. Teniendo esto en cuenta, *de lege ferenda* sería razonable, en mi opinión, ampliar el elenco de sujetos activos del delito también a los funcionarios[35].

3.3. El presupuesto típico: la obtención de un incremento patrimonial o cancelación de deudas superior a 250.000 € con respecto a los ingresos acreditados

3.3.1. Naturaleza jurídica

El art. 438 bis CP sólo considera penalmente responsables a las autoridades que, habiendo obtenido un incremento patrimonial o una cancelación de deudas superior a 250.000 € con respecto a sus ingresos acreditados durante el ejercicio de su cargo y hasta cinco años después de haber cesado en el desempeño del mismo, se nieguen abiertamente a justificar su procedencia. Cabe preguntarse qué lugar ocupa este incremento patrimonial en la sistemática de la teoría jurídica del delito.

Las dos posiciones fundamentales son, por un lado, la que considera que esta exigencia es un elemento típico y, por otro, la que entiende que se trata de una condición objetiva de punibilidad[36]. Esta cuestión tiene una relevancia mayor que la meramente conceptual. Si se opta por la primera interpretación, el sujeto activo debe conocer que el incremento patrimonial o la cancelación de obligaciones han superado los 250.000 € en el período de tiempo previsto. Si ignora que se ha rebasado dicha cantidad, habrá incurrido en un error de tipo cuya consecuencia será la impunidad al no existir una modalidad imprudente del delito. En cambio, si se opta por entender que este límite constituye una condición objetiva de punibilidad, el hecho de que la autoridad conozca o no hasta dónde asciende el incremento patrimonial o la cancelación de deudas es irrelevante para su punición: lo único importante será que se supere, efectivamente, esa cuantía.

En mi opinión, a la primera posición le asisten mejores argumentos. En concreto, van a destacarse dos: uno relacionado con las características de lo que suele definirse como "condición objetiva de punibilidad" y otro conectado con las garantías propias del principio de culpabilidad.

El primero parte de que, de acuerdo con el entendimiento tradicional de lo que son las condiciones objetivas de punibilidad, éstas se caracterizan por ser elementos ajenos al injusto culpable que limitan o restringen el castigo penal del hecho[37]. El ejemplo clásico de condición objetiva de punibilidad es la exigencia de reciprocidad del art. 606.2 CP. Este requisito

---

[32] Y ello pese a que, como se ha visto más arriba, una de las escasas críticas que se plantearon en sede parlamentaria contra el proyectado art. 438 bis CP fue, precisamente, el carácter tan restrictivo que tiene el elenco de sujetos activos.

[33] Ver, en este sentido, STS de 12 de mayo de 1992 (ECLI: ES:TS:1992:11510), FD 3.º, p. 7.

[34] Ver, en este sentido, STS 57/2010, de 10 de febrero (ECLI: ES:TS:2010:309), FD 1.º, p. 3.

[35] En la misma dirección, A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, p. 293.

[36] Defienden que es un elemento del tipo A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, pp. 247-248, quien califica al incremento patrimonial o cancelación de deudas como "situación típica", e I. OLAIZOLA NOGALES: "El delito…, *op. cit.*, 2023, p. 189. Consideran que es una condición objetiva de punibilidad J. M. LUZÓN CUESTA: *Compendio de Derecho penal. Parte especial. Actualizado por los Fiscales Alejandro Luzón Cánovas y María Luzón Cánovas*, Dykinson, Madrid, 25.ª ed., 2023, p. 470, y F. MUÑOZ CONDE: *Derecho penal. Parte Especial (25.ª edición revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 Y 4/2023)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 25.ª ed., 2023, p. 1027.

[37] Por todos, O. GARCÍA PÉREZ: *La punibilidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 34, y C. MARTÍNEZ PÉREZ: *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Edersa, Madrid, 1989, p. 46 (ver autores citados en la nota al pie 71).

implica que, para que pueda imponerse la pena de prisión permanente revisable al autor de un homicidio contra un Jefe de Estado extranjero que se halle en España, es preciso que el Estado del que el ofendido fuere súbdito contemple una penalidad recíproca para el caso de que fuere el Jefe de Estado español la víctima del homicidio en ese otro Estado. Esta circunstancia –la reciprocidad– no condiciona en nada que el hecho de que matar a un Jefe de Estado extranjero en España es una conducta típicamente antijurídica y culpable. Se trata, por tanto, de un añadido al injusto culpable que, en caso de no concurrir, evita que al hecho le corresponda una determinada sanción: la pena de prisión permanente revisable.

Es discutible que esa situación pueda asimilarse a la prevista por el art. 438 bis CP. Si se atiende a la secuencia típica descrita por el precepto, la superación de los 250.000 € constituye un presupuesto de la conducta prohibida. Sólo podrá cometer la desobediencia penalmente relevante la autoridad que haya obtenido ese incremento patrimonial o esa cancelación de deudas en el plazo previsto: una conducta que no tiene por qué constituir un injusto culpable.

En mi opinión, la estructura típica del art. 438 bis CP es similar a la del delito de fraude de subvenciones en su modalidad de aplicación a fines indebidos del art. 308.2 CP. Este precepto castiga el hecho de que, quien haya obtenido una subvención o ayuda de las Administraciones Públicas, las aplique a fines distintos de aquellos que les fueren propios en cuantía superior a, al menos, 10.000 €. *Conditio sine qua non* para poder cometer ese delito es que se haya obtenido esa subvención o ayuda pública. Por definición, esa obtención ha de ser lícita, pues de lo contrario la conducta se encuadraría –siempre, claro está, que se cumplan el resto de los requisitos típicos– en el art. 308.1 CP. Lo que quiere destacarse con este ejemplo es que, en el delito de fraude de subvenciones del art. 308.2 CP, la obtención de los fondos no condiciona *la punibilidad* de un hecho típicamente antijurídico y culpable, sino que condiciona *su existencia*. De ahí que se considere pacíficamente que la obtención de la subvención o ayuda sea un elemento de tipo[38]. Teniendo este ejemplo en mente, la consecuencia debe ser la misma, en mi opinión, en lo que atañe a la obtención del incremento patrimonial o la cancelación de deudas del art. 438 bis CP.

El segundo argumento, por su parte, se construye a partir del hecho de que las condiciones objetivas de punibilidad no tienen por qué ser abarcadas por el dolo para dar lugar al castigo del culpable. Son, por lo tanto, elementos al margen del subprincipio de imputación subjetiva (o de "dolo o culpa"), integrado, a su vez, en el principio de culpabilidad[39]. Esto trae consigo una consecuencia: considerar que el incremento patrimonial o la cancelación de deudas constituye una condición objetiva de punibilidad permitiría una aplicación más sencilla del precepto, pues la acusación no estaría obligada a probar que la autoridad, en efecto, conocía ese incremento patrimonial o cancelación de deudas por encima de los 250.000 € con respecto a sus ingresos acreditados.

Siendo esto cierto, no lo es menos que evitar "lagunas de punición" no parece un argumento suficientemente sólido como para defender que un elemento se ubique en una u otra categoría sistemática[40]. Antes al contrario, parece más razonable efectuar la interpretación que amplíe al máximo las garantías del justiciable. Coincido, pues, con la postura de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, quien sostiene que la calificación de condición objetiva de punibilidad sólo debe otorgarse en los excepcionales casos en los que el legislador haya dado claves inequívocas sobre la naturaleza jurídica del elemento en cuestión[41].

3.3.2. Cuantificación

El precepto exige que el incremento patrimonial o la cancelación de deudas se produzcan durante el desempeño de la función o cargo de la autoridad y hasta cinco años después de haber cesado en él. Es pertinente recordar aquí que lo que el legislador ha considerado

[38] En este sentido, por ejemplo, N. J. DE LA MATA BARRANCO: "Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social", en N. J. DE LA MATA BARRANCO, *et al. Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2.ª ed., 2024, pp. 683-684, y C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 7.ª ed., 2023, p. 929.
[39] Por todos, S. MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general.* Reppertor, Barcelona, 9.ª ed., 2011, pp. 125-126.
[40] Razona de esta misma forma A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, p. 241.
[41] C. MARTÍNEZ PÉREZ: *Las condiciones…*, *cit.*, 1989, pp. 70-72.

constitutivo del desvalor no es el enriquecimiento en sí mismo, sino desobedecer el requerimiento que pretenda su justificación. Esto quiere decir que, a los efectos de cometer el delito, es indiferente que el incremento patrimonial o la cancelación de deudas provengan o no de una actividad ilícita[42].

En atención al tenor literal del art. 438 bis CP, lo que importa es que la "obtención" del incremento patrimonial o la cancelación de deudas se produzca dentro del límite temporal establecido. En otras palabras: da igual si la detección de la variación patrimonial se produce con posterioridad a los cinco años desde que se haya cesado en el cargo. Si se logra acreditar que los bienes, derechos o anulación de obligaciones se produjeron dentro de ese plazo, entonces podrá sostenerse que la autoridad ha cumplido con esta exigencia típica[43].

Una cuestión interesante es la que tiene que ver con el momento en el cual tienen que valorarse los bienes o derechos que integren el incremento patrimonial para entender rebasado el umbral de los 250.000 €. Siguiendo a RAGA I VIVES, cabrían tres posibilidades: atender al momento en que se obtuvieron, poner el foco en el momento en que se practica el requerimiento, o, simplemente, considerar que basta con que en algún momento del período temporal establecido por el precepto –durante el ejercicio del cargo y hasta cinco años después de haber cesado en él– ese límite se haya superado. Coincido con la autora citada en considerar que el criterio más adecuado es el primero: resulta más coherente con el entendimiento de la cuantía como un elemento típico y, además, es más seguro jurídicamente que los otros dos[44].

El límite temporal inferior, por su parte, viene dado por el momento en el que la autoridad comienza a desempeñar su cargo. Esto quiere decir que todos aquellos incrementos patrimoniales o cancelaciones de deudas que se hayan obtenido con anterioridad no integran el tipo penal.

3.4. Conducta típica: la desobediencia al requerimiento de justificación patrimonial practicado por órgano competente

3.4.1. Los órganos competentes

Para que el tipo se realice, es necesario que la autoridad desobedezca un requerimiento practicado por un "órgano competente" destinado a comprobar su situación patrimonial.

A mi juicio, no existe ningún obstáculo interpretativo para considerar que integran ese concepto los órganos previstos por la normativa administrativa que impone los deberes de transparencia. Así, para los altos cargos previstos en el art. 1.2 de la Ley 3/2015, este órgano será la oficina de conflicto de intereses regulada en el art. 19 del mismo texto legal. Por su parte, en el caso de los diputados y senadores, este órgano será el registro de intereses previsto en el art. 160.2 LOREG. En el caso de las autoridades adscritas a las Comunidades Autónomas o las corporaciones locales, habrá que estar a lo que disponga la normativa que específicamente desarrolle esta cuestión en su ámbito territorial.

Resulta más discutible, en mi opinión, que puedan practicar un requerimiento capaz de integrar el tipo penal los órganos tributarios, las oficinas anticorrupción y los órganos judiciales. Es cierto que, en el ejercicio de sus respectivas competencias de investigación, unos y otros pueden requerir a los ciudadanos que acrediten el origen de su patrimonio. Sin embargo, estas competencias no les han sido atribuidas para exigir el cumplimiento de un específico deber de transparencia.

Avala esta postura, en mi opinión, el hecho de que el art. 294 CP se interprete en términos igualmente restrictivos. Este precepto castiga la conducta de los administradores de hecho o de derecho de una sociedad, constituida o en formación, que negaren o impidieren la actuación de las "personas, órganos o entidades inspectoras supervisoras" a las que estuvieren sometidas por su actuación en mercados sujetos a supervisión administrativa. La

[42] En el mismo sentido, I. OLAIZOLA NOGALES: "El delito…, *cit.*, 2023, p. 188.
[43] En la misma dirección, A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *op. cit.*, 2025, p. 248.
[44] Ibid., p. 249.

postura mayoritaria en la doctrina y la escasa jurisprudencia que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular es que el tipo está dirigido a sociedades sometidas a una relación especial de sujeción "no subsumible en el genérico de la clásica función de policía por parte de la Administración". De acuerdo con esta interpretación, integrarían el concepto de "personas, órganos o entidades inspectoras supervisoras" instituciones como "el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Ministerio de Economía, las Comunidades Autónomas o las Bolsas de Valores". Quedarían excluidas, por tanto, además de la Administración General del Estado, "la Agencia Tributaria, la Inspección de Trabajo o similares"[45].

Por lo demás, no me parece un argumento suficientemente concluyente para incluir en el tipo penal a los órganos judiciales el hecho de que estos vengan expresamente mencionados en el Preámbulo de la LO 14/2022. Como ha reconocido el Tribunal Constitucional, si bien los Preámbulos de las leyes son un elemento que debe tenerse en cuenta para la interpretación de las leyes, éstos carecen de valor normativo[46]. El tipo penal sólo habla de los "órganos competentes", por lo que la interpretación aquí propuesta cabe en la literalidad del precepto –y, en mi opinión, también se ajusta mejor a ella–[47].

3.4.2. La negativa abierta a cumplir el requerimiento

El elemento nuclear del tipo es la desobediencia de la autoridad a atender al requerimiento de comprobación patrimonial. Teniendo en cuenta este diseño –empleado por el legislador, como se ha visto más arriba, de forma intencionada para evitar posibles problemas de inconstitucionalidad–, parece razonable acudir al canon interpretativo de los delitos de desobediencia para aclarar el alcance de algunos de los términos del tipo penal.

En primer lugar, el requerimiento, además de ser emitido por un órgano competente, debe constituir, como de manera clásica reconoce la jurisprudencia, "un mandato directo, expreso y terminante, que sea conocido real y positivamente por quien tiene la obligación de acatarlo"[48]. No integrarían el tipo, por tanto, ni los ruegos o deseos, ni aquellas órdenes que exijan una acreditación global del patrimonio en lugar de ir dirigidas a exigir la justificación del concreto incremento o cancelación que pueda dar lugar al supuesto de hecho prohibido por la norma[49].

En segundo lugar, no basta con cualquier incumplimiento: la negativa a cumplir con el requerimiento ha de ser "abierta". De acuerdo con la interpretación jurisprudencial del art. 410.1 CP –precepto que, al igual que el art. 438 bis CP, exige una "negativa abierta" para su consumación–, no es necesario que la voluntad contraria a la realización de lo exigido se manifieste de manera contundente y explícita. Basta, simplemente, con que la conducta llevada a cabo por la autoridad desemboque inequívocamente en el incumplimiento de la orden. Dentro del concepto "negativa abierta" caben, de este modo, tanto las desobediencias expresas como las tácitas. Y, dentro de estas últimas, se comprenden no sólo aquellos casos en los que la autoridad se limita a no hacer nada, sino también aquellos otros en los que hace algo distinto de lo exigido[50]. Teniendo esto en cuenta, una conducta realizadora del tipo del art. 438 bis CP podría ser, por ejemplo, la del funcionario que aporta documentación no relacionada con el incremento patrimonial que hubiere dado lugar al requerimiento[51].

---

[45] En estos términos se pronuncia la SAP de Cantabria (3.ª) 153/2009, de 29 de mayo de 2009 (ECLI: ES:APS:2009:1248), FD 2.º, pp. 7-8. De igual manera, J. I. GALLEGO SOLER: "Artículo 294", en M. CORCOY BIDASOLO (dir.); S. MIR PUIG (dir.), *et al.*: *Comentarios…*, *cit.*, 2.ª ed., 2024, p. 1336; J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ: "Delitos societarios", en N. J. DE LA MATA BARRANCO, *et al.*: *Derecho penal económico…*, *cit.*, 2.ª ed., 2024, p. 578, y N. PASTOR MUÑOZ: "Delitos societarios", en I. AYALA GÓMEZ, *et al.*: *Memento penal económico y de la empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 706.

[46] STC 36/1981, de 12 de noviembre (ECLI: ES:TC:1981:36), FJ 7.º.

[47] En el mismo sentido, A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, p. 310. En contra, I. OLAIZOLA NOGALES: "El delito…, *cit.*, 2023, p. 192, para quien tanto los órganos de la AEAT como los judiciales pueden integrar el tipo penal.

[48] SSTS de 9 de mayo de 1994 (ECLI: ES:TS:1994:9543), p. 15, y de 10 de julio de 1992 (ECLI: ES:TS:1992:5695), FD 2.º, p. 2.

[49] En el mismo sentido, A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, p. 256.

[50] SSTS 125/2024, de 8 de febrero (ECLI: ES:TS:2024:695), FD 2.º, p. 7, y 99/2024, de 1 de febrero (ECLI: ES:TS:2024:635), FD 2.º, p. 6.

[51] En este sentido, A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, pp. 254-255.

El tipo se consuma con el mero incumplimiento, sin que sea preciso que se cause ningún resultado. Se trata, por tanto, de un delito de omisión pura[52]. Consiguientemente, el hecho de que se justifique la procedencia del patrimonio *ex post* –por ejemplo, una vez concluido el plazo para contestar al requerimiento o, incluso, en el proceso penal abierto por delito de enriquecimiento injustificado– no llevará a la impunidad de la autoridad. *De lege lata*, este tipo de situaciones se habrían de canalizar, en mi opinión, a través de la concesión de una atenuante de confesión del art. 21.4.ª CP –o, en su caso, del art. 21.7.ª CP si el requisito temporal para la estimación de la primera no se hubiere cumplido–[53].

4. TIPO SUBJETIVO

El delito de enriquecimiento injustificado del art. 438 bis CP es un tipo doloso. De acuerdo con el enfoque asumido en este trabajo, la obtención de un incremento patrimonial o una cancelación de deudas superior a 250.000 € es un elemento del tipo, por lo que tiene que ser abarcado por el dolo del sujeto. Creo que afirmar esto es compatible con sostener que no es preciso que la autoridad conozca la cifra exacta a la que asciende ese incremento patrimonial o cancelación de deudas para cometer el delito, sino que basta con que tenga un conocimiento aproximado del monto obtenido o condonado[54].

5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

5.1. Penalidad

La conducta tipificada por el art. 438 bis CP está sancionada con una pena de prisión de seis meses a tres años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años. De este régimen interesa destacar tres ideas.

La primera es la notable diferencia de pena que existe entre este delito y el resto de los delitos de desobediencia cometidos por funcionario o autoridad públicos (arts. 410-412 CP): ninguno de ellos tiene prevista pena de prisión y la inhabilitación más larga con la que cuentan es la de tres a seis años del art. 412.3 CP (denegación de auxilio para evitar un delito contra la vida de las personas)[55].

La segunda es el modo en que el legislador ha previsto que se calcule la pena de multa. El artículo reza que será del tanto al triplo del "beneficio obtenido". Teniendo en cuenta que el único elemento patrimonial contemplado por el tipo son las ganancias o condonaciones de deudas obtenidas por la autoridad de que se trate, parece que la multa se calculará tomando esas cantidades como referencia. En la medida en que, como se ha dicho, ese incremento patrimonial o cancelación de obligaciones constituyen presupuestos necesarios para la comisión del tipo y no algo que se haya obtenido como consecuencia de su realización, puede criticarse que el legislador haya empleado el término "beneficio" para referirse a ellos[56].

---

[52] Lo considera igualmente un delito de omisión F. L. MELÉNDEZ SÁNCHEZ, "Delitos contra la Administración Pública", en M.ª D. SERRANO TÁRREGA (coord.), *et al.*: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p.1037.

[53] También es de esta opinión A. RAGA VIVES: "El nuevo…, *cit.*, 2023, p. 225.

[54] En el mismo sentido, A. RAGA I VIVES: "Del enriquecimiento ilícito a la desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades", en *Revista General de Derecho penal*, núm. 39, 2023, p. 22. Se trata de la misma postura de quienes sostienen que la cifra de los 120.000 € en el delito fiscal no es una condición objetiva de punibilidad, sino el resultado. Por todos, J. C. FERRÉ OLIVÉ: *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 285-286.

[55] Tras comparar la penalidad del art. 438 bis CP con la de los demás delitos de desobediencia de funcionarios, así como con la prevista para otros delitos contra la Administración Pública como el cohecho o el tráfico de influencias, OLAIZOLA NOGALES extrae la conclusión de que las penas que el legislador ha asignado al delito de enriquecimiento injustificado son desproporcionadas. I. OLAIZOLA NOGALES: "El delito…, *cit.*, 2023, pp. 194-195.

[56] Efectúa esta misma crítica A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, p. 326.

La última es que la pena de inhabilitación para empleo o cargo público prevista por el precepto es menos grave que la prevista por alguna de las normas que imponen específicos deberes de transparencia a las autoridades. Por ejemplo, la ley 3/2015 prevé como infracciones graves "[l]a no declaración de actividades y de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el apercibimiento para ello", o "[l]a omisión deliberada de datos y documentos que deban ser presentados conforme a lo establecido en esta ley" (art. 25.2, letras "a" y "b", respectivamente). De acuerdo con el art. 25.4 del mismo texto legal, las personas que hubieren cometido una infracción prevista como grave o muy grave en su articulado no podrán ser nombradas para ocupar un alto cargo durante un periodo de entre cinco y diez años. Habría sido deseable que el legislador hubiera previsto sanciones penales que se encontraran en relación de progresión con las establecidas en la normativa administrativa[57].

De la concurrencia de estos dos órdenes sancionadores, el administrativo y el penal, surge el problema de posibles quebrantamientos del principio *non bis in idem* cuando un mismo hecho cometido por una misma autoridad pueda subsumirse tanto en alguna de las infracciones prevista por la normativa que impone deberes de transparencia como en el art. 438 bis CP. Mientras la jurisprudencia no resuelva la cuestión, considero razonable la propuesta de RAGA I VIVES de aplicar la doctrina sentada en la STC 2/2003, de 16 de enero (ECLI: ES:TC:2003:2): en caso de que se constate la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, la vía jurisdiccional penal es preferente, por lo que los órganos administrativos deben suspender el procedimiento sancionador hasta que recaiga la sentencia. Ahora bien, si eso no sucede y el órgano administrativo impone una sanción antes de que se dicte una resolución sobre el fondo en el proceso penal, entonces el órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta la sanción recaída en sede administrativa para, en su caso, abonarla a la pena de inhabilitación que se impusiere a la autoridad[58].

5.2. ¿Decomiso?

Una cuestión interesante es la de si la condena por el delito del art. 438 bis CP puede conllevar el decomiso de los bienes que hubieren dado lugar al incremento patrimonial injustificado de la autoridad. Desde mi punto de vista, la respuesta debe ser negativa. Ello, tanto en lo que se refiere al decomiso directo del art. 127 CP como en lo que concierne al decomiso ampliado del art. 127 bis CP[59].

En cuanto a la improcedencia de la primera modalidad de decomiso aludida, hay que partir de que el tipo del art. 438 bis CP se ha configurado como un delito de desobediencia. Por lo tanto, el incremento patrimonial cuya justificación se pretende a través del requerimiento a la autoridad, no es ni un "efecto" o "ganancia" proveniente del delito, ni un "medio" o "instrumento" con el que se hubiere preparado o ejecutado. Por otro lado, el decomiso ampliado tampoco es una consecuencia procedente toda vez que el art. 438 bis CP no está, por ahora, contemplado en la lista del art. 127 bis.1, que contiene los delitos que pueden dar lugar a su aplicación.

6. CUESTIONES CONCURSALES

Al haberse configurado el tipo del art. 438 bis CP como un delito de desobediencia, podrá apreciarse, en mi opinión, un concurso (real) de delitos con el delito del que eventualmente procedan el incremento patrimonial o la cancelación de deudas no justificados. Esto es lo que sucedería, por ejemplo, en el caso de que los ingresos o la condonación de deudas sean la

[57] También destaca este solapamiento RAGA I VIVES en ibid., pp. 384-386 (en esta última página, ver nota al pie 828).
[58] Ibid., p. 386.
[59] Llega a la misma conclusión A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, pp. 326-327. También, en lo que se refiere al decomiso ampliado, I. OLAIZOLA NOGALES: "El delito…, *cit.*, 2023, p. 198.

dádiva u otra retribución que, al ser aceptadas por la autoridad, den lugar a un delito de cohecho pasivo o en el caso de que el incremento patrimonial se deba a que esta ha cometido un delito de malversación. Lo mismo acontecería, a mi juicio, si la detentación de los bienes en que se concrete un incremento patrimonial en los términos exigidos por el tipo del art. 438 bis CP puede subsumirse en un delito de blanqueo de capitales[60].

No creo, en cambio, que el delito del art. 438 bis CP pueda constituir un delito antecedente del blanqueo de capitales: por definición, la obtención del incremento patrimonial es anterior al acto de desobediencia. Si lo que hace que el delito se consume es la negativa abierta a cumplir con el requerimiento practicado por los órganos competentes en materia de transparencia, no cabe sostener, en mi opinión, que los bienes en los que el incremento patrimonial se ha concretado tengan su origen, precisamente, en la desobediencia de la autoridad[61].

RAGA I VIVES trata de forma muy interesante –y, a mi juicio, adecuada– el posible concurso entre el delito del art. 438 bis CP y el de falsedad documental. En su opinión, si se aportan documentos públicos, mercantiles u oficiales mendaces a la contestación al requerimiento, entonces en ese caso procedería la aplicación de un concurso ideal de delitos. Por el contrario, si ese tipo de documentos se aportaron no en el momento de contestar al requerimiento, sino con anterioridad, entonces cabría apreciar un concurso real de delitos. Recuérdese en este punto que la normativa de transparencia exige que las declaraciones patrimoniales se presenten en un determinado plazo desde la toma de posesión. Distinta ha de ser la solución, en cambio, si tanto una como otra falsedad se han cometido en un documento privado. En tal caso, no cabría apreciar concurso alguno, pues no se habría cometido ningún delito de falsedad documental al faltar el elemento de actuar en perjuicio de otro previsto por el art. 395 CP[62].

Cabe cuestionarse si, en el caso de que no se superen los 250.000 € de desviación con respecto a los ingresos acreditados por la autoridad, podría condenársela por un delito de desobediencia del art. 410.1 CP. En mi opinión, la solución ha de ser negativa por cuanto el art. 410.1 CP exige que las "decisiones u órdenes" desobedecidas hayan sido dictadas por "la autoridad superior", mientras que el art. 438 bis CP alude a los "órganos competentes" en materia de transparencia. Como uno y otro concepto no son equivalentes, si no se rebasa el límite de los 250.000 € la consecuencia ha de ser, a mi juicio, la impunidad en el orden penal. Ello no obsta, sin embargo, a que a la autoridad requerida se le pueda imponer, en el caso examinado, la sanción administrativa correspondiente[63].

7. CONCLUSIONES

La principal conclusión de este análisis es que el tenor literal del art. 438 bis CP ofrece más dudas que certezas sobre el modo en que el tipo penal debe aplicarse. Que el texto original de la LO 14/2022 no haya sido sometido a los informes exigidos para la tramitación de los proyectos de ley no ha permitido arrojar apenas luz en las (muchas) zonas de penumbra del precepto estudiado. Tampoco lo ha permitido el hecho de que el art. 438 bis CP se haya incorporado a la tramitación parlamentaria como una enmienda que apenas recibió la atención de los diputados y senadores.

[60] Tienen la misma opinión, A. RAGA I VIVES: "El nuevo…, *cit.*, 2023, pp. 226-232, quien, sin embargo, formula interesantes cautelas sobre la posible vulneración del principio *nemo tenetur*, y F. MUÑOZ CONDE: *Derecho penal…*, *cit.*, 25.ª ed., 2023, p. 1027.

[61] En el mismo sentido, A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, pp. 348-349.

[62] Ibid., pp. 367-368.

[63] En el mismo sentido, A. RAGA I VIVES en ibid., pp. 350-351. Parece posicionarse en contra, por defender que entre los arts. 410.1 y 438 bis CP existe una relación de especialidad, F. MUÑOZ CONDE: *Derecho penal…*, *cit.*, 25ª ed., 2023, p. 1027.

Con todo, los trabajos doctrinales elaborados por el momento permiten sentar algunas bases para su interpretación. De ahí que, junto a la anterior, también se puedan extraer, a mi juicio, las siguientes conclusiones:

1. El art. 438 bis CP se ha configurado como un delito de desobediencia. Su elemento nuclear es la "negativa abierta" de la autoridad a cumplir con el requerimiento de justificación patrimonial. En consecuencia, el bien jurídico-penalmente protegido es el principio de autoridad en relación con el mandato constitucional dirigido a la Administración de servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE).
2. El sujeto activo del delito sólo puede serlo la "autoridad". Se exige, además, que esta autoridad esté sujeta a algún específico deber de transparencia patrimonial. Podrán cometer este delito, fundamentalmente, los altos cargos de la Administración General del Estado, así como los de las Comunidades Autónomas; los diputados, senadores y miembros de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas; los representantes locales y miembros no electos de la Junta de Gobierno Local, y el Presidente, los Vocales y el Secretario General del CGPJ.
3. Presupuesto para poder cometer el delito es que la autoridad haya obtenido durante el desempeño de su cargo y hasta cinco años después de haber cesado en el mismo un incremento patrimonial o una cancelación de deudas superior a 250.000 €. Debe tenerse en cuenta que:
    a. Ese límite cuantitativo es un elemento del tipo, por lo que debe estar abarcado por el dolo del sujeto activo.
    b. No es necesario que ese incremento patrimonial o cancelación de obligaciones tengan procedencia ilícita.
    c. Da igual el momento en el que afloren: lo importante es que se hayan obtenido en el plazo temporal fijado por el artículo.
4. La noción de "órgano competente" para practicar el requerimiento de justificación patrimonial se refiere aquellos organismos que estén investidos de un específico poder de fiscalización del patrimonio de las autoridades por la normativa administrativa de referencia. Ni los órganos judiciales ni la AEAT o las oficinas anticorrupción integran, por lo tanto, el tipo penal.
5. El precepto exige, para su consumación, que la autoridad "se niegue abiertamente" a cumplir con el requerimiento de justificación patrimonial. Esto implica que:
    a. No es necesario que la negativa sea expresa: basta con que la conducta incumplidora de la autoridad sea concluyente.
    b. El art. 438 bis CP es un delito de omisión pura. Si el requerimiento se cumple *ex post*, lo máximo que podrá obtenerse es una atenuante de confesión del art. 21.4.ª o del art. 21.7.ª CP en relación con la anterior si no se han respetado los límites temporales de la primera.
6. El art. 438 bis CP es un delito doloso. Los errores de tipo, vencibles o invencibles, conducen a la impunidad.
7. La conducta prevista por el art. 438 bis CP también está sancionada por la normativa administrativa. Para evitar el *bis in idem* en caso de que se detecte la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento tanto en el proceso penal como en el administrativo, debería aplicarse la solución disciplinada en la STC 2/2003, de 16 de enero:
    a. La vía penal es la preferente, por lo que los órganos administrativos deberían suspender el procedimiento sancionador.
    b. En caso de que los órganos administrativos no hayan obrado del modo descrito, en la sentencia que ponga fin al proceso penal deberá tenerse en cuenta la sanción eventualmente impuesta a la autoridad en el procedimiento administrativo y descontarla de la pena a la que se la condenare.
8. La condena por el delito del art. 438 bis CP no puede dar lugar ni al decomiso directo (art. 127.1 CP) ni al decomiso ampliado (art. 127 bis CP) de los bienes o derechos en que se hubiere materializado el incremento patrimonial no justificado.
9. En la medida en que el art. 438 bis CP está configurado como un delito de desobediencia, existirá un concurso de delitos entre este y el delito del que procediere el incremento patrimonial o la cancelación de deudas no justificados.

10. Si el incremento patrimonial o la cancelación de deudas no superan los 250.000 €, no cabe acudir al delito de desobediencia del art. 410.1 CP. La conducta de la autoridad será penalmente impune, pero se la podrá sancionar administrativamente, en su caso.

BIBLIOGRAFÍA

N. J. DE LA MATA BARRANCO: "Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social", en N. J. DE LA MATA BARRANCO, *et al. Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2.ª ed., 2024, pp. 629-690.

J. DEL CARPIO DELGADO: *El delito de enriquecimiento injustificado en el Código Penal español*, Aranzadi, Madrid, 2023.

J. C. FERRÉ OLIVÉ: *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

J. I. GALLEGO SOLER: "Artículo 294", en M. CORCOY BIDASOLO (dir.); S. MIR PUIG (dir.), *et al.*: *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2024, pp. 1335-1337.

O. GARCÍA PÉREZ: *La punibilidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ: "Delitos societarios", en N. J. DE LA MATA BARRANCO, *et al.*: *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2.ª ed., 2024, pp. 559-586.

J. M. LUZÓN CUESTA: *Compendio de Derecho penal. Parte especial. Actualizado por los Fiscales Alejandro Luzón Cánovas y María Luzón Cánovas*, Dykinson, Madrid, 25.ª ed., 2023.

C. MARTÍNEZ PÉREZ: *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Edersa, Madrid, 1989.

F. L. MELÉNDEZ SÁNCHEZ, "Delitos contra la Administración Pública", en M.ª D. SERRANO TÁRREGA (coord.), *et al.*: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 999-1042.

C. MIR PUIG:

- "Artículo 438 bis", en M. CORCOY BIDASOLO (dir.); S. MIR PUIG (dir.), *et al.*: *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2024, pp. 1874-1876.
- "El delito de enriquecimiento ilícito o injusto", en V. GÓMEZ MARTÍN (dir.), *et al.*: *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022, pp. 1245-1257.

S. MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general.* Reppertor, Barcelona, 9.ª ed., 2011.

F. MUÑOZ CONDE: *Derecho penal. Parte Especial (25.ª edición revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 Y 4/2023*), Tirant lo Blanch, Valencia, 25.ª ed., 2023.

I. OLAIZOLA NOGALES: "El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?", en *Revista penal*, núm. 52, 2023, pp. 179-200. Disponible en:

ONUDD: *Country review report of Luxembourg*, 2015. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/Luxembourg_Final_Report_25-03-2015.pdf [Consulta: 25/09/2025].

Í. ORTIZ DE URBINA GIMENO, "La ley penal: manual de producción para el legislador honesto", en *Teoría y Derecho*, núm. 38, 2025, pp. 42-85.

N. PASTOR MUÑOZ: "Delitos societarios", en I. AYALA GÓMEZ, *et al.*: *Memento penal económico y de la empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 679-707.

A. RAGA I VIVES:

- *El delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades. Estudio de la figura y de sus límites constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.
- "Del enriquecimiento ilícito a la desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades", en *Revista General de Derecho penal,* núm. 39, 2023.
- "El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades", en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *et al.*: *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 189-234.

L. ROCA DE AGAPITO: "Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado", en *Diario La Ley*, núm. 10230, 2023.