

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
TIRANT FORMACIÓN**

**MÁSTER
IBEROAMERICANO EN POLÍTICAS ANTICORRUPCIÓN**

**LA SUBSIDIARIEDAD DEL DELITO DE
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LUCHA CONTRA LA
CORRUPCIÓN EN EL PERÚ**

Trabajo Final de Máster

**Presentado por:
Luis Clemente Ramírez Moscoso**

**Tutor
Nicolás Rodríguez-García**

LIMA – PERÚ

2021

RESUMEN

Al examinar el texto normativo del delito de enriquecimiento ilícito en las Convenciones Internacionales contra la corrupción, en los códigos penales Latinoamericanos en general y en el peruano en particular se advierte la necesidad global de combatir el flagelo de la corrupción. Sin embargo, esta loable cruzada de integridad pública se desdibuja frente a la encarnizada imputación y sanción del delito de enriquecimiento ilícito como “una sombra delictiva” ante la mera sospecha que se cometió *otro* delito que el Estado de Derecho con toda su maquinaria jurídica no alcanzó a probar.

En ese entendido, el presente trabajo busca identificar en qué casos sería tolerable en el Perú la imputación del delito de enriquecimiento ilícito como un tipo penal principal en concurso con otro delito o cuando se transforma en uno de carácter subsidiario y excluyente. Ello contribuirá a promover un enfoque racional al enfrentar la corrupción por parte de los operadores jurídicos.

PALABRAS CLAVE

Enriquecimiento ilícito // Tipo penal subsidiario o residual // Delitos contra la administración pública // Corrupción // Delito fuente

ÍNDICE DE CONTENIDO

RESUMEN.....	1
PALABRAS CLAVE.....	1
ABREVIATURAS EMPLEADAS	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I.....	6
EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.....	6
1.1 Convenciones internacionales contra la corrupción.....	6
1.1.1 Instrumentos aprobados en el Perú en la lucha contra la corrupción	6
1.1.2 Convención Interamericana contra la Corrupción (art. IX de la <i>Convención de Caracas</i> , 1996)	8
1.1.3 Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (arts. 1, 4 y 8 de la <i>Convención de Maputo</i> , 2003)	9
1.1.4 Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 20 de la <i>Convención de Mérida</i> , 2003).....	9
1.2 Tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en el derecho penal comparado	10
1.2.1 Argentina	10
1.2.2. Bolivia	11
1.2.3 Brasil.....	12
1.2.4 Chile	12
1.2.5 Colombia	13
1.2.6 Costa Rica.....	14
1.2.7 Ecuador.....	14
1.2.8 Perú.....	15
1.3 La lucha contra la corrupción y el delito de enriquecimiento ilícito en la Constitución Política del Perú	17
1.3.1 La lucha contra la corrupción en clave constitucional	17
1.3.2 Base constitucional del delito de enriquecimiento ilícito.....	19
1.4 Elementos del delito de enriquecimiento ilícito en el código penal peruano	25
1.4.1 Bien jurídico protegido.....	25
1.4.2 Parte Subjetiva del tipo penal	27
1.4.3 Sujetos activo y pasivo del tipo penal	27
1.4.4 Acción típica para configurar el tipo penal	28
1.4.5 Vínculo funcional o nexo causal	30

1.4.6	Enriquecimiento ilícito significativo	30
1.4.7	Delito fuente	32
CAPÍTULO II		33
¿EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO ES UN TIPO PENAL PRINCIPAL O SUBSIDIARIO? ANÁLISIS DE SUPUESTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS		33
2.1	Panorama doctrinal peruano. Posiciones a favor y en contra de la subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito.....	34
2.2	Hechos antijurídicos que subyacen al delito de enriquecimiento ilícito	37
2.2.1	Implica provecho ilícito en desmedro del patrimonio del Estado	38
2.2.2	Implica provecho ilícito por dinero de particulares.....	39
2.2.3	Delitos comunes de provecho dinerario	41
2.3	Supuestos de atipicidad	42
CAPÍTULO III		44
POSICIONES DE LOS OPERADORES JURÍDICOS FRENTE A LA SUBSIDIARIEDAD DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO		44
3.1	Posición de la defensa técnica frente al delito de enriquecimiento ilícito	44
3.2	Posición del Ministerio Público frente al delito de enriquecimiento ilícito ..	45
3.3	Posición del juez frente al delito de enriquecimiento ilícito	46
CONCLUSIONES		49
RECOMENDACIONES		49
BIBLIOGRAFÍA.....		50
FUENTES CONSULTADAS		52

ABREVIATURAS EMPLEADAS

CICC	:	Convención Interamericana contra la Corrupción
CNUCC	:	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción
CUAPCP	:	Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción
OEA	:	Organización de Estados Americanos

INTRODUCCIÓN

El delito de enriquecimiento ilícito es un tipo penal complejo que requiere la acreditación del aumento patrimonial no justificado para su consumación, pero al no describir una acción típica propia se le señala como un delito residual o subsidiario considerándolo la “sombra delictiva” de otro hecho punible principal que el Ministerio Público como titular de la acción penal pública no alcanzó a probar.

Este delito principal que la Fiscalía no consigue desenmascarar es el *delito fuente* que se constituye en un acto u omisión descrito taxativamente en el Código Penal, mediante el cual el funcionario o servidor público obtiene un ilegal beneficio económico dando como resultado la posesión de un excedente en su patrimonio que al ser advertido en el desarrollo de una investigación no podrá justificar, lo cual terminará configurando el tipo penal de enriquecimiento ilícito.

En Perú, el delito de enriquecimiento ilícito es constitucional, avalado por diversos Tratados Internacionales como la Convención Interamericana Contra la Corrupción, así como, por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. La razón político criminal de ubicarlo en los tipos penales del Título XVIII del Código Penal que protegen a la administración pública es desalentar los actos de corrupción castigando el hecho de haber ocultado “exitosamente” el delito fuente en agravio del Estado.

Considerando las particularidades del delito de enriquecimiento ilícito nos ubicaremos en los posibles escenarios en que interactúan cada uno de los actores procesales en la lucha contra la corrupción a fin de brindar una perspectiva integral y razonada de su carácter subsidiario, y establecer ciertos casos en los que debería ser considerado como un tipo penal principal en concurso con el delito fuente.

CAPÍTULO I

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

1.1 Convenciones internacionales contra la corrupción

1.1.1 Instrumentos aprobados en el Perú en la lucha contra la corrupción

La Contraloría General de la República en el estudio: “Cálculo del tamaño de la corrupción y la conducta funcional en el Perú: una aproximación exploratoria”¹ concluyó que el costo de la corrupción en el país durante el 2019 superó los 23 mil millones de soles en perjuicio económico para el Estado, monto que hubiera podido aliviar hasta el 88% de la brecha total de infraestructura del sector salud para atender, entre otros, la emergencia sanitaria causada por la COVID-19.

Frente al perjuicio económico causado al Estado y la consecuente afectación de los servicios públicos destinados a cubrir necesidades básicas de la población, los autores Mujica, Quinteros, Castillo y Chávez coinciden en señalar cuáles serían las principales estrategias que debería abordar una política nacional de combate integral contra la corrupción: i) prevención de los casos de corrupción; ii) determinación del daño y el cobro efectivo de la reparación civil producida por el acto de corrupción; iii) existencia de equipos especializados para el seguimiento de los casos (equipos de peritos e inteligencia financiera, fiscales y jueces penales especializados, etc.); iv) un marco normativo armónico que tipifique correctamente los delitos contra la administración pública e instrumentos procesales eficaces para su detección, persecución y sanción; así como, v) una participación activa y colaborativa de los actores públicos, privados, y la ciudadanía en general.

En ese orden de ideas, como antecedente reciente en el Perú se encuentra el “Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016”², el cual establecía como visión: “Un país libre de corrupción con una administración pública eficiente,

¹ https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/documento_trabajo/2020/Calculo_de_la_Corrupcion_en_el_Peru.pdf (pág. 48)

² <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2012/Diciembre/09/DS-119-2012-PCM.pdf>. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 09 de diciembre del 2012.

honesto e inclusiva y una ciudadanía donde impere una cultura de valores éticos”, para cumplir con dicha finalidad señaló como objetivo esencial la: “investigación y sanción oportuna y eficaz de la corrupción en el ámbito administrativo y judicial”. Este objetivo se estableció en consonancia a la CNUCC y la CICC diferenciando los ámbitos administrativo y penal, procurando describir legalmente las principales características de los actos u omisiones que afecten a la administración pública para permitir al Estado sancionar con eficacia los actos de corrupción.

En la actualidad, el “Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021”³, y el Plan Bicentenario “El Perú hacia el 2021”⁴ tienen como uno de sus objetivos primordiales alcanzar un Estado democrático y descentralizado que funcione con transparencia y eficiencia, de manera articulada entre sus diferentes niveles de gobierno orientando la administración pública al servicio de la ciudadanía, promoviendo y garantizando la defensa de los derechos fundamentales de la persona. Para ello, establecen que es indispensable fortalecer los mecanismos de prevención, detección, investigación, y sanción del sistema anticorrupción, modernizando entre otros al sistema judicial para la recuperación de activos y pérdida de dominio ante delitos agravados.

Teniendo presente que la corrupción es considerada en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como una violación de los derechos fundamentales⁵, que limita y restringe la concreción de los Derechos Económicos Sociales y Culturales dentro de un Estado, lo establecido en el Plan Bicentenario y el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción son los principales instrumentos de política interna con los que cuenta el Perú para fortalecer al Estado en su lucha activa contra los actos de corrupción dentro de la administración pública.

³ https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1226049/Decreto-Supremo-N_-048-2018-que-aprueba-el-Plan-Nacional-de-Integridad-y-Lucha-contra-la-Corrupci%C3%B3n-2018-202120200811-2730953-18jzdk.pdf. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 26 de abril del 2018.

⁴ CEPLAN. (2011). Plan Bicentenario: el Perú hacia el 2021. https://www.ceplan.gob.pe/documentos/_plan-bicentenario-el-peru-hacia-el-2021/ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 23 de junio del 2011.

⁵ Novoa Curich, Yvana “¿Son las convenciones de lucha contra la corrupción tratados de derechos humanos?” Themis, (69), 2016. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/16750/17073>.

1.1.2 Convención Interamericana contra la Corrupción (art. IX de la Convención de Caracas, 1996)

En el marco de la OEA, se cuenta con la CICC⁶ como primer documento internacional que trata el tema del enriquecimiento ilícito o injustificado como una situación que merece reproche penal en aras de enfrentar legislativamente la corrupción. La CICC fue adoptada por los Estados miembros el 29 de marzo de 1996 y entró en vigor desde el 6 de marzo de 1997. Para el caso peruano fue aprobada con Resolución Legislativa Nro. 26757 del 24 de marzo de 1996, y ratificada por Decreto Supremo Nro. 012-97-RE, del 21 de marzo de 1997, y entró en vigor a partir del 4 de julio de 1997 conforme la comunicación del Oficio RE (GAC) Nro. 0-4-A/0316c.a.

Sobre el particular, la CICC estableció la necesidad que los Estados partes integren o consoliden el enriquecimiento ilícito en sus respectivas legislaciones internas como un acto explícito de corrupción bajo el siguiente parámetro:

“Artículo IX. Enriquecimiento ilícito. Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.”

⁶ http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_b-58_contra_corrupcion.asp

1.1.3 Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (arts. 1, 4 y 8 de la *Convención de Maputo, 2003*)

De conformidad con el inciso g) del artículo 4 de la CUAPCC⁷ aprobada en Maputo el 11 de junio del 2003, la Convención es aplicable para los actos de corrupción como el enriquecimiento ilícito, conceptualizándolo en su artículo 1 como el aumento significativo de los activos de un funcionario público o de cualquier otra persona que no pueda explicar razonablemente en relación a sus ingresos, encomendando en su artículo 8 la necesidad de establecerlo en los Estados Africanos como un delito de corrupción, así como, la cooperación de asistencia mutua entre sus miembros para su investigación y sanción.

1.1.4 Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 20 de la *Convención de Mérida, 2003*)

En el marco de las Naciones Unidas se tiene la CNUCC⁸ aprobada por la Asamblea General el 31 de octubre de 2003 la cual entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, constituyéndose en el primer acuerdo a nivel global que vincula a todos los Estados miembros para hacer frente de manera unificada a la corrupción. La CNUCC fue suscrita por el Perú el 10 de diciembre de 2003, siendo aprobada por el Congreso peruano mediante Resolución Legislativa Nro. 28357 de fecha 06 de octubre de 2004, y ratificada mediante D. S. Nro. 075-2004-RE de fecha 19 de octubre de 2004, siendo depositado su instrumento de ratificación ante la Secretaría General el 16 de noviembre de 2004.

La CNUCC estableció que los Estados miembros deben procurar tipificar como delito el enriquecimiento ilícito en concordancia con su Constitución, y sujeción a los derechos fundamentales:

⁷ <http://www.auanticorruption.org/resources/view/convention-on-preventing-and-combating-corruption>

⁸ https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf

“Artículo 20. Enriquecimiento ilícito. Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.”

1.2 Tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en el derecho penal comparado

En atención a las obligaciones internacionales establecidas en la CNUCC y la CICC la mayoría de Estados miembros procedieron a adoptar las medidas necesarias para tipificar en sus cuerpos normativos internos como delito el enriquecimiento ilícito. A continuación, repasaremos lo dispuesto en algunos países Latinoamericanos:

1.2.1 Argentina⁹

El código Penal argentino ubica el delito de enriquecimiento ilícito en el Título XI de los delitos contra la administración pública, Capítulo IX bis referente al enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, señalando específicamente:

“Artículo 268 (2). Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño.

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también

⁹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#25>

cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.

Artículo 268 (3). Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.

El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda.

En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables.”

1.2.2. Bolivia¹⁰

En el Estado Plurinacional de Bolivia mediante Ley Nro. 004 del 31 de marzo de 2010 se promulgó la “Ley de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas Marcelo Quiroga Santa Cruz”, tipificándolo de la siguiente manera:

“Artículo 27. (Enriquecimiento Ilícito). La servidora pública o servidor público, que hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos y que no pueda ser justificado, será sancionado con privación de libertad de cinco a diez años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos, multa de doscientos hasta quinientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente.”

¹⁰

<http://www.comunicacion.gob.bo/sites/default/files/docs/Ley%20N%C2%BA%20004%20Ley%20de%20Lucha%20contra%20la%20Corrupci%C3%B3n%2C%20Enriquecimiento%20il%C3%ADcito%20e%20Investigaci%C3%B3n%20de%20Fortunas.pdf>

1.2.3 Brasil

Producto del escándalo de corrupción del caso Lava Jato, el Ministerio Público Federal impulsó el Proyecto de Ley Nro. 4850/2016¹¹ para sancionar el enriquecimiento ilícito proponiendo el siguiente texto:

“Art. 312-A, Código Penal. Adquirir, vender, prestar, alquilar, recibir, ceder, poseer, utilizar o usufructuar, de manera permanente, bienes, derechos o valores cuyo valor sea incompatible con los ingresos obtenidos por el servidor público, o por la persona que se le equipare, en razón de su cargo, empleo, función pública o mandato electivo, o devengados por otro medio lícito: Pena - prisión de 3 (tres) a 8 (ocho años), y confiscación de los bienes, si el hecho no constituye delito sancionado con pena mayor.”

Sin embargo, dicho proyecto fue rechazado por la cámara de diputados, por lo que, Brasil no sanciona a la fecha el delito de enriquecimiento ilícito¹².

1.2.4 Chile¹³

El código penal chileno establece el delito de enriquecimiento ilícito en el Título V de los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, correspondiente al Apartado 6 denominado fraudes y exacciones ilegales, señalando que:

“Art. 241. bis. El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento NOTA patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos

¹¹ Raquel Scalcon y Emília Giulian: Reflexión sobre la criminalización del enriquecimiento ilícito en Brasil: un análisis de la legitimidad constitucional y dogmático penal del proyecto de ley 4850/2016. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6528012&info=resumen>

¹²

<http://fcpamericas.com/spanish/las-10-medidas-contra-la-corrupcion-de-brasil-la-camara-de-diputados-aprueba-los-cambios-la-propuesta-presentada-por-el-grupo-operativo-de-lava-jato/#>

¹³ http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_cod_penal.pdf

y oficios públicos en sus grados mínimo a medio. Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito. La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público. Si el proceso penal se inicia por denuncia o querrela y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo por alguna de las causales establecidas en las letras a) o b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de estos últimos por el delito del artículo 211 de este Código.”

1.2.5 Colombia¹⁴

Por su parte, el Código Penal de Colombia ubica el delito de enriquecimiento ilícito en el Título XV delitos contra la administración pública, específicamente en el Capítulo VI, precisando que:

“Artículo 412. Enriquecimiento ilícito. El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve (9) a quince (15) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses.”

¹⁴ https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20130808_01.pdf

1.2.6 Costa Rica¹⁵

El código penal de Costa Rica ubica al enriquecimiento ilícito en el Título XV de los delitos contra los deberes de la administración pública, sección II corrupción de funcionarios:

“Artículo 346.- Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado: 1) Aceptare una dádiva cualquiera o la promesa de una dádiva para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario, para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones; 2) Utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo; 3) Admitiere dádivas que le fueren presentadas u ofrecidas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo.”

1.2.7 Ecuador¹⁶

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador en el Capítulo Quinto de los delitos contra la responsabilidad ciudadana, Sección Tercera delitos contra la eficiencia de la administración pública, establece en el:

“Artículo 279.- Enriquecimiento ilícito.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años. Se entenderá que hubo enriquecimiento ilícito no solo cuando el patrimonio se ha incrementado con dinero, cosas o bienes, sino

¹⁵ https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_costa_rica.pdf

¹⁶

https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf

también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones. Si el incremento del patrimonio es superior a doscientos y menor a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de cinco a siete años. Si el incremento del patrimonio es hasta doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de tres a cinco años.”

1.2.8 Perú¹⁷

El Código Penal peruano tipifica el delito de enriquecimiento ilícito en el Título XVIII delitos contra la administración pública, Capítulo II Delitos cometidos por funcionarios públicos, Sección IV corrupción de funcionarios, con el siguiente texto:

“Artículo 401. Enriquecimiento ilícito

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de

¹⁷ http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf

sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.”

1.2.9 Venezuela¹⁸

La Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela promulgó la “Ley contra la corrupción”, estableciendo en el Título IV de los delitos contra el patrimonio público y la administración de justicia, Capítulo I del Enriquecimiento Ilícito y su restitución al patrimonio público, que:

“Artículo 46. Incurre en enriquecimiento ilícito el funcionario público que hubiere obtenido en el ejercicio de sus funciones un incremento patrimonial desproporcionado con relación a sus ingresos, que no pudiere justificar requerido y que no constituya otro delito. Para la determinación del enriquecimiento ilícito de las personas sometidas a esta Ley, se tomarán en cuenta: 1. La situación patrimonial del investigado. 2. La cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios. 3. La ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación causal con el enriquecimiento. 4. Las ventajas obtenidas por la ejecución de contratos con alguno de los entes indicados en el artículo 4 de esta Ley.

Artículo 47. Además de las personas indicadas en el artículo 3 de esta Ley, podrán incurrir en enriquecimiento ilícito: 1. Aquellas a las cuales se hubiere exigido declaración jurada de patrimonio, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de esta Ley. 2. Aquellas que ilegalmente obtengan algún lucro por concepto de ejecución de contratos celebrados con cualquiera de los entes u órganos indicados en el artículo 4 de esta Ley.”

Conforme lo antes expuesto, el delito de enriquecimiento ilícito en consonancia con la CNUCC y CICC se encuentra reconocido de manera explícita como ilícito penal en los cuerpos normativos de Argentina, Bolivia, Chile,

¹⁸

<http://www.onapre.gob.ve/index.php/publicaciones/descargas/finish/37-ley-contra-la-corrupcion/203-ley-contra-la-corrupcion>

Colombia, Costa Rica, Ecuador, Perú, Venezuela. Por otro lado, el delito de enriquecimiento ilícito a la fecha no ha sido considerado como sancionable en el ámbito penal de Brasil.

1.3 La lucha contra la corrupción y el delito de enriquecimiento ilícito en la Constitución Política del Perú

1.3.1 La lucha contra la corrupción en clave constitucional

Desde la percepción ciudadana, la corrupción ocupa por amplio margen el primer lugar como uno de los principales problemas que enfrenta el Perú, según se desprende del informe técnico “Percepción ciudadana sobre Gobernabilidad, Democracia y Confianza en las instituciones” periodo de octubre 2019 a marzo 2020, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática.

Gráfico Nro. 1



En instancia internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala (Sentencia del 9 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas) destacó las consecuencias negativas de la corrupción y los obstáculos que representa para el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos, así como el hecho de que la corrupción de autoridades estatales o prestadores privados de servicios públicos afecta de una manera particular a

grupos vulnerables. Afirmando que la corrupción no solo afecta los derechos individuales de las personas, sino que alcanza a toda la sociedad en su conjunto puesto que “se resquebraja la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el estado de derecho” (párrafo 241).

Particularmente el sistema judicial anticorrupción peruano¹⁹ tuvo un apresurado renacer a comienzos del año 2000 como respuesta político criminal a la difusión de un video en el que se reveló a un Congresista electo recibiendo dinero de manos de un asesor presidencial para favorecer al gobierno de Alberto Fujimori Fujimori, lo que vino después es historia y presente hartamente conocida.

En clave constitucional, el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido en el noveno fundamento jurídico la Sentencia Nro. 16-2019-PI/TC que: “La corrupción impide el cumplimiento de los objetivos nacionales y el buen desempeño de las instituciones y, como se desprende de la gráfica, es considerada como uno de los principales problemas del país; esto, a su vez, tiene un impacto negativo en la confianza que muestran los ciudadanos en las entidades públicas, porque mella la legitimidad de tales instituciones y de sus principales autoridades.”

Asimismo, el supremo interprete de la Constitución ha señalado expresamente en el onceavo fundamento jurídico la Sentencia Nro. 006-2006-CC/TC (aclaración) que la lucha contra la corrupción:

“ (...) es un mandato constitucional que se desprende de los artículos 39 y 41 de la Constitución. Admitir la insustentable distinción entre el ámbito legal y constitucional puede servir como excusa para, so pretexto de someterse a la ley, desvincularse de mandatos constitucionales, con la consecuente anarquía del ordenamiento y el descrédito institucional que ello supondría. Esta distinción es también contraproducente en un contexto en el cual se debe reafirmar una actitud judicial decidida en la lucha contra la corrupción. Y es que un órgano jurisdiccional no puede limitarse a ser un

¹⁹ Resolución Administrativa Nro. 024-2001-CT-PJ, que autoriza al Presidente de la Corte Superior de Lima a crear los Juzgados y la Sala anticorrupción. Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 01 de febrero del 2001.

mero “aplicador” de las leyes, sino que, a través de la interpretación y argumentación jurídicas, debe tutelar los derechos fundamentales, pero sin descuidar la tutela de otros valores y principios que la Constitución consagra.”

1.3.2 Base constitucional del delito de enriquecimiento ilícito

En el Perú, el delito de enriquecimiento ilícito siendo compatible con la CNUCC y CICC tiene rango constitucional, así el artículo 41 de la Constitución Política de 1993 establece expresamente la obligación de los funcionarios y servidores públicos de rendir cuentas al inicio, de manera periódica y al final de su cargo respecto al estado de su patrimonio, sosteniendo que ante la presunción de enriquecimiento ilícito corresponde a la Fiscalía ejercer la acción penal:

“Artículo 41.- Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad.”

Sobre el particular, en reiterados pronunciamientos el Tribunal Constitucional peruano²⁰ ha señalado respecto al delito de enriquecimiento ilícito

²⁰ Sentencias Nro. 0016-2001-HC/TC, Nro. 1076-2003-HC/TC, y Nro. 8-2005-PI/TC.

que se encuentra en: “un ámbito incardinado en el concepto de *criminalidad gubernativa* [como] expresión de una política criminal en la lucha contra la corrupción, advertida por la Constitución como particularmente disvaliosa, al punto que ha estructurado no solo medidas preventivas, sino que ha hecho alusión a una de las concretas manifestaciones de los delitos de corrupción y a reglas específicas a aplicarse para su procesamiento, referidas a la intervención del Fiscal de la Nación y a la duplicación del plazo de prescripción en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”.

Por ello, la responsabilidad de justificar el incremento patrimonial de los funcionarios y servidores públicos no es un acto impositivo derivado de un mandato legal, sino que nace de una obligación constitucional que debe cumplir toda persona que ostenta una relación especial de sujeción con el Estado. En esa línea, conforme lo establecido por el Tribunal Constitucional:

“15. Los artículos 40° y 41° de la Constitución establecen una serie de normas relativas a la publicidad de los ingresos que perciben los servidores del Estado, sean civiles, militares o policías. El segundo párrafo del artículo 40° precisa que es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos.

Por su parte, el artículo 41° establece que los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste, deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley. (...)

16. Las normas constitucionales citadas se justifican en la medida que la Constitución pretende prevenir y sancionar el mal uso de los recursos públicos, por ser un hecho que socava la confianza ciudadana en los servidores de la Nación. (...)

En esta oportunidad, siguiendo al mismo alto Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Caso Ahmed y otros vs. El Reino Unido,

Sentencia del 2 de setiembre de 1998, *mutatis mutandis*, fundamento 53), el Tribunal Constitucional del Perú considera como uno de los elementos esenciales de nuestro modelo de Estado Social y Democrático de Derecho la obligación de todos los servidores de la Nación, independientemente de su jerarquía y la función pública que cumplan en los ámbitos civil, militar y policial, de que ejerzan dicha función con probidad, honestidad y austeridad en el manejo de los recursos públicos, necesarias para generar la confianza ciudadana en los servidores de la Nación a través de la cual el modelo democrático establecido por la Constitución se legitima.”²¹

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la República en la Ejecutoria recaída en el Recurso de Nulidad Nro. 4245-2006 de fecha 15 de agosto del 2007 en el tercer fundamento jurídico precisó sobre la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito que:

“(…) el artículo cuarenta uno de la Constitución Política del Perú estatuye que ‘los funcionarios y servidores públicos que señala la ley (...) deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión del cargo, durante su ejercicio y al cesar en los mismos (...) Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación (...) formula cargos ante el Poder Judicial’; de la lectura de este precepto constitucional se refleja que la explicación relacionada con el incremento patrimonial de los funcionarios y servidores públicos no es un acto impositivo derivado de un proceso penal, sino una obligación constitucional de toda persona que ostenta esta especial condición al aceptar el cargo, asumiendo no solo las obligaciones y responsabilidades que se deriven del ejercicio del cargo, sino que además, se están colocando en una situación de permanente exigibilidad por parte del Estado, en lo que se refiere al monto y manejo de sus bienes, en tal sentido, tienen que estar en capacidad de justificar en todo momento sus incrementos patrimoniales; por lo

²¹ Sentencia Nro. 0008-2005-AI/TC.

tanto, el conocimiento que tenga el Estado sobre los bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos, antes que una carga, constituye un principio que debe gobernar sus actuaciones, y, con ello, se protege la actuación pública.”

Sobre la constitucionalidad del elemento de tipo objetivo de no justificación del incremento patrimonial, en la jurisprudencia constitucional comparada encontramos la Sentencia C-319/96²² de fecha 18 de julio de 1996 de la Corte Constitucional colombiana que sostuvo:

“En cuanto al delito de enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, como ya se anotó éste tiene un claro origen constitucional que se refleja en el interés que le asiste al Estado no sólo de legitimar la adquisición de la propiedad, sino además de sanear la Administración pública, cuyo patrimonio se ve afectado por la conducta indebida de aquellos servidores que por el ejercicio de su cargo incrementan de manera injustificada su propio peculio con grave detrimento de la moral social. Así entonces, el artículo reglamenta una conducta dirigida a sancionar al servidor público -sujeto activo cualificado- “que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito”.

Se trata de un delito que se manifiesta en el incremento patrimonial del servidor público sin causa que lo justifique de acuerdo con la ley y la ética, y que, para configurarse como tal, exige el dolo. Tiene carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado. Esta última característica, excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales de la misma categoría -concurso aparente de tipos-. Ello quiere decir, que, si las pruebas aportadas al proceso permiten deducir con certeza que el incremento fue fruto, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc.,

²² <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-319-96.htm#:~:text=La%20Constituci%C3%B3n%20prefigura%20el%20delito,las%20conductas%20que%20lo%20evidencian.>

obviamente al servidor público se le condenará por el peculado, o por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el enriquecimiento ilícito - *lex primaria derogat legi subsidiariae*-.

Ahora bien, frente a la afirmación del actor en cuanto que la expresión “no justificado” contenida en el tipo genera una inversión de la carga de prueba como quiera que conlleva a que sea el funcionario quien deba probar el carácter lícito de sus ingresos, debe la Corte señalar que dicha afirmación se aparta por completo de la realidad, ya que es el Estado quien está en la obligación de demostrar la existencia de la conducta típica, antijurídica y culpable, frente a la configuración de indicios graves de presunta responsabilidad y de la ocurrencia del hecho punible. Efectivamente, el artículo 250 de la Constitución Política le asigna a la Fiscalía General de la Nación la función de “investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes e Igualmente, “calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas”. Es decir, a la Fiscalía como ente acusador en los procesos penales, le corresponde investigar, indistintamente, tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, con el objetivo de determinar la ocurrencia de un hecho punible y los responsables del mismo.

En el caso del enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, debe el Estado demostrar que el enriquecimiento es real e injustificado, ocurrido por razón del cargo que desempeña. Así, una vez establecida la diferencia patrimonial real y su no justificación, opera el fenómeno de la adecuación típica que va a permitir el desarrollo del proceso en sus etapas sumarial y de juicio. Es entonces la falta de justificación el elemento determinante para dar origen a la investigación y, por tanto, la explicación que brinde el sindicado del delito, no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a la defensa frente a las imputaciones que le haga el Estado en ejercicio de su función investigativa.

No se trata pues de establecer una presunción de ilicitud sobre todo incremento, sino de presumir no justificado todo aquel incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable de tipo financiero, contable y, por supuesto, legal.

Pero el conocimiento efectivo de las rentas y bienes del servidor público y su incremento injustificado, no se deriva en forma exclusiva de la explicación que éste presente a las autoridades judiciales en ejercicio de su derecho de defensa (art. 29 de la C.P.); son los demás medios de prueba -testimonio, documentos, indicios etc.- los que dentro del desarrollo de la investigación van a constituirse en elementos de juicio suficientes para llamar a indagatoria, dictar auto de detención o precluir investigación y, en general, para adelantar el proceso respectivo.

Además, la explicación relacionada con el incremento patrimonial de los servidores públicos no es un acto impositivo derivado de un proceso penal; es una obligación constitucional de toda persona que ostenta esa especial condición, pues el artículo 122 de la Carta señala expresamente, refiriéndose a los servidores públicos, que, “antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas”.

El conocimiento que tenga el Estado sobre los bienes y rentas de los servidores públicos, antes que una carga constituye un principio que debe gobernar sus actuaciones (art. 209 de la C.P.) y con ello se pretende proteger la función pública y, en particular, la moral social. Debe aclararse que nadie está obligado a ejercer una función pública; se trata de una labor en la que los ciudadanos deciden participar libremente; pero al aceptarla están asumiendo no sólo las cargas y responsabilidades que se deriven del ejercicio del cargo, sino que, además, se están colocando en una situación permanente de exigibilidad por parte del Estado, en lo que se refiere al monto y manejo de sus bienes.

No es entonces la explicación que rinde el sindicato frente a una acusación de incremento patrimonial no justificado un acto de violación al principio constitucional de la presunción de inocencia, pues como ya se anotó, se trata de una justificación de sus actos frente a las imputaciones debidamente formuladas por el Estado en su contra, para que en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, tenga la oportunidad de explicar su conducta. El artículo bajo examen consagra

entonces un deber específico y concreto de transparencia en el manejo de los bienes públicos por parte de los servidores públicos, que en nada contraviene el debido proceso ni ningún otro derecho consagrado en la Constitución Política.”

En la otra orilla, el enriquecimiento ilícito no se ha establecido como delito independiente en España²³, debido a que se considera incompatible con la presunción de inocencia contenida en el artículo 24 de la Constitución española y contraria a la interpretación realizada por su Tribunal Constitucional, considerando que para la determinación de la responsabilidad penal debe probarse que el incremento del patrimonio del funcionario público tiene como origen cualquiera de las conductas tipificadas en el Código Penal.

1.4 Elementos del delito de enriquecimiento ilícito en el código penal peruano

1.4.1 Bien jurídico protegido

Qué duda cabe que la lucha anticorrupción es un tema que preocupa a los países democráticos desarrollados y en vías de desarrollo, de allí la razón que se hayan establecido en la CCIC, CUAPCP, y CNUCC conductas prohibidas contra la administración pública que merecen reproche en los códigos penales Latinoamericanos. Sin embargo, para el caso del delito de enriquecimiento ilícito existe un razonable cuestionamiento a la indeterminación del bien jurídico considerando la ausencia de un comportamiento típico de aquello que se pretende proteger, esta falta de concreción ha sido abordada y en cierta medida resuelta por la jurisprudencia y doctrina peruana.

En el Recurso de Nulidad Nro. 09-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de mayo de 2003, la Corte Suprema estableció respecto al delito en estudio que

²³ Examen por Bélgica y Lituania sobre la aplicación de parte de España de Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y del Capítulo IV. “Cooperación internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013_06_28_Spain_Final_Country_Report.pdf

“(…) se ha lesionado es el Bien Jurídico “Administración Pública” como objeto de tutela penal que significa: ejercicio de funciones y servicios públicos; observancia de los deberes de cargo o empleo; continuidad y desenvolvimiento normal del ejercicio; prestigio y dignidad de la función; probidad y honradez de sus agentes; y protección del patrimonio público de los símbolos y distintivos estatales”.

Autores como Peña Cabrera y Francia Arias²⁴ son de la opinión de que el bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito es el “deber de fidelidad y honestidad de los funcionarios públicos con la administración pública, y vinculado a ellos, se protegen otros valores, como el prestigio, decoro, deber del cargo, disciplina con las que se identifica a la administración pública”. Asimismo, el profesor Gálvez Villegas²⁵, afirma: “(…) es más adecuado considerar, específicamente como bien jurídico u objeto de protección de este tipo penal, la funcionalidad, el prestigio, dignidad y confianza de la función pública; la que comprende a su vez, a la actuación de los agentes que la integran, pues, aun cuando la depositaria de la función pública es la Administración en cuanto órgano o entidad, la función pública va a ser ejecutada a través de sus integrantes, y por tanto, la actuación de estos será la que determine a fin de cuentas, el prestigio de la Administración.”

No muy alejado el maestro Rojas Vargas²⁶ señala que: “El Artículo 401 del Código Penal busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídico-penalmente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la Nación”.

En atención a lo antes expuesto, existe un consenso en identificar un bien jurídico genérico que es el correcto funcionamiento de la administración pública, el patrimonio del Estado, el orden económico, y un bien jurídico más específico que buscar asegurar la integridad en las actuaciones del funcionario o servidor público.

²⁴ Peña Cabrera, Raúl y Francia Arias, Luis: “Delito de enriquecimiento ilícito”; Ed. Jurídicas; Lima – Perú; 1993; pág. 22.

²⁵ Gálvez Villegas, Tomás: “Delito de enriquecimiento ilícito”; Ed. IDEMSA; Lima - Perú; 2001; pág. 115-116.

²⁶ Rojas Vargas, Fidel: “Delitos Contra la Administración Pública”; 3da. ed.; Ed. Grijley; Lima – Perú; reimpresión 2003; pág. 614 – 615.

1.4.2 Parte Subjetiva del tipo penal

El delito de enriquecimiento ilícito es un tipo penal eminentemente doloso que requiere el conocimiento y voluntad del autor en incrementar al margen de la ley su patrimonio. En cuanto al dolo “el sujeto debe tener conocimiento de todos los elementos configurativos del delito que se presentan en su conducta, es decir, que es un funcionario o servidor público que se está enriqueciendo, que lo hace valiéndose de su cargo, y que el enriquecimiento es ilícito. El sujeto después de tener conocimiento de todos los elementos del delito quiere la realización del hecho, este querer expresa su intención de incrementar su patrimonio ilícitamente, con lo que se estaría configurando el dolo.”²⁷

1.4.3 Sujetos activo y pasivo del tipo penal

El delito de enriquecimiento ilícito no puede ser atribuido a sujetos comunes sino exclusivamente a sujetos cualificados, a quienes se les ha confiado un deber especial de cuidado en su relación con el Estado. Estos sujetos cualificados son los funcionarios y servidores públicos quienes al acceder voluntariamente a la función pública están empoderados con la representatividad misma del Estado, por ello, no sólo se les asignan determinados derechos, sino que además les resulta exigibles ciertas obligaciones que exceden a la del ciudadano común.

El artículo 425 del código penal peruano detalla quienes son considerados funcionarios y servidores públicos:

- “1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del

²⁷ Gálvez Villegas, Tomás: “Delito de enriquecimiento ilícito”; Ed. IDEMSA; Lima - Perú; 2001; pág. 155-156.

Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.

4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.”

Como señala el profesor Prado Saldarriaga: sobre el sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito: “Se trata, por tanto, de un típico delito especial propio o funcional de infracción de deber. Sobre todo, porque el enriquecimiento ilícito que sanciona la ley se materializa a través de actos sucesivos o simultáneos de abuso de la posición y competencias funcionariales del sujeto activo y que originan para él un mejoramiento patrimonial indebido.”²⁸

En atención a lo antes expuesto, el sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito es exclusivamente el funcionario o servidor público como garante del bien público, y, por ende, se constituye en un delito especial de infracción de deber.

Frente a ello, el sujeto pasivo del delito de enriquecimiento ilícito es el Estado como titular del bien jurídico protegido.

1.4.4 Acción típica para configurar el tipo penal

Considerado indistintamente un tipo penal peligro o de resultado, lo concreto es que el delito de enriquecimiento ilícito carece de una estructura típica propia, su tipificación tiene así un fin preventivo general, en la medida en que se pretende hacer desistir de su propósito al potencial delincuente al disminuir sus posibilidades de disfrutar del dinero de origen delictivo: “La norma penal se aplica

²⁸ Prado Saldarriaga, Víctor: “Delitos y Penas. Una Aproximación a la Parte Especial”; Ed. Ideas; Lima – Perú; 2017; pág. 195.

al empleado público que ha incrementado su patrimonio, pero en realidad va referida a la evitación del delito previo. Se reduce de esta manera el peligro de menoscabo del bien jurídico tutelado por la infracción previa. En definitiva, se trataría de incidir en la mente del potencial delincuente para infundirle la idea de que el delito no es una actividad beneficiosa.”²⁹

Más detalladamente, el profesor Gálvez Villegas, señala que “analizando el artículo en comentario, la acción típica está determinada por el verbo rector “se enriquece” o lo que es lo mismo “*enriquecerse*”, esto es, el *verbo reflexivo* formado a partir del verbo “enriquecer” y del pronombre “se”; en este sentido, al tratarse de un verbo reflexivo la acción determinada por éste la sufre o la recibe el propio sujeto que la realiza. Si hablamos de la acción de enriquecerse, estamos haciendo referencia a una conducta del sujeto, y no al resultado o consecuencia de esta conducta, que vendría a ser el estado de enriquecimiento producido, o estado posterior surgido a raíz de la realización de la conducta típica (...) no debemos confundir la acción típica con la situación o estado que se genera a partir de la realización de la misma; en este caso el estado de enriquecimiento producido luego de materializada la acción “enriquecerse” o “se enriquece”. (...) el hecho concreto o expresión objetiva de la acción típica anotada (se enriquece), está determinada por la acción y efecto de incorporar los bienes, derechos o activos materia del enriquecimiento, al patrimonio personal, familiar o de un tercero que actúa como persona interpuesta, o de extinguir o disminuir los pasivos (cargas, gravámenes, deudas, etc.) que integran el patrimonio. (...) Esta incorporación de los bienes y activos al patrimonio, a la vez significa que el agente asume la titularidad de derechos reales de los bienes o activos materia del incremento patrimonial; que asume la nueva posición patrimonial con el pasivo disminuido.”³⁰

El examen del delito de enriquecimiento ilícito permite establecer que éste carece de la descripción del comportamiento prohibido de cómo puede el servidor o funcionario público enriquecerse indebidamente, lo que se explica si se considera

²⁹ Blanco Cordero, Isidoro: “El delito de enriquecimiento Ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués”. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/42235/1/2013_Blanco_ReAIDP.pdf

³⁰ Gálvez Villegas, Tomás: “Delito de Enriquecimiento Ilícito. Editorial IDEMSA- Lima. Perú 2001, pág. 121 - 124.

que esta figura delictiva surgió para evitar que los delitos contra la administración pública que cometieran los funcionarios o servidores públicos durante el periodo que ejercieron el cargo quedaran en impunidad por problemas de probanza. En ese sentido, al no considerarse una acción típica para la configuración del delito de enriquecimiento ilícito se cuestiona si lo que verdaderamente se castiga es una acción post delictiva, lo que refuerza su etiqueta de tipo penal subsidiario o residual.

Sin embargo, el delito de enriquecimiento ilícito requiere la existencia de un vínculo funcional o nexo causal durante el ejercicio corrupto del cargo por parte del funcionario o servidor público y el aumento patrimonial no justificado para su configuración, un desbalance económico traducido en el aumento de los activos notoriamente superiores al que legalmente pudiera percibir durante el ejercicio de sus funciones e incluso la disminución de los pasivos. Así no es solo un atisbo de corrupción lo reprochable, es la corrupción *en la persona* lo que se condena.

1.4.5 Vínculo funcional o nexo causal

El artículo 401 del Código Penal hace mención a una forma determinada de enriquecimiento ilícito tanto en función al sujeto que se enriquece como al modo en que se produce, así la figura en estudio es atribuible “sólo al sujeto público (funcionario y/o servidor) que por razón de su cargo hace un incremento ilícito de su patrimonio, [siendo que] (...) enriquecerse por razón del cargo de modo ilícito hace alusión a que el funcionario o servidor abusa de su cuota de poder, se vale y utiliza su puesto para lucrar con él. Tal es la vinculación necesaria entre el dato objeto del acrecentamiento patrimonial con la imputación penal por el tipo de enriquecimiento ilícito.”³¹

1.4.6 Enriquecimiento ilícito significativo

Conforme se estableció en el X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú,

³¹ Fidel Rojas Vargas: “Delitos Contra la Administración Pública”, Editora Jurídica Grijley, 2da. Edición, Enero - 2001, pág. 461.

Acuerdo Plenario Nro. 3-2016/CJ-116³², un problema adicional que plantea la estructuración formal y material del delito de enriquecimiento ilícito se relaciona con el monto económico que aquél representa. La discusión gira en torno a determinar si cabe considerar un componente cuantitativo mínimo de incremento en los activos o de disminución de los pasivos del funcionario público para poder imputar la realización del delito. Sobre el particular: “no cabe exigir un monto dinerario específico para identificar el enriquecimiento ilícito, pero si una valoración razonable de su magnitud como desbalance notorio y apreciable en el patrimonio personal o familiar del funcionario, para, en base a ello, inferir e imputar su presencia.”

Esta postura jurisdiccional se encuentra acorde a la CICC al establecer en el artículo IX que el incremento del patrimonio de un funcionario público se debe dar con un: “significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y no pueda ser razonablemente justificado”. En otras palabras, el incremento patrimonial debe contener relevancia penal. Es decir, se debe considerar una razonable barrera pecuniaria en la composición del patrimonio del funcionario o servidor público resultante de fijar sus ingresos legítimos por todo concepto, frente a ello toda desproporción económica no justificada entra en el ámbito de la ilicitud.

El origen del incremento patrimonial a partir del cargo ejercido se corresponde con la ubicación sistemática del delito de enriquecimiento ilícito dentro del rubro de los delitos contra la administración pública; sin embargo, como se ha señalado anteriormente a diferencia de los demás tipos penales: “no describe un “acto”, sino una “situación” determinada”³³, en la que la “ilicitud” del enriquecimiento producido durante el ejercicio del cargo recién proviene a partir de “la falta de demostración de sus orígenes legítimos”³⁴; resaltándose por ende ser consustancial a este delito el que “en su naturaleza reside precisamente la necesidad

³²

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/326181804e445598b1c4f374dabbac10/X+PLENO.+III+PLENO.+I+PLENO+PENAL+web.pdf?MOD=AJPERES> (pág. 91)

³³ Manuel A. Abanto Vásquez: “Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano”, Editorial Palestra, 2da. Edición, Abril – 2003, Pág. 541

³⁴ ob. cit. Pág. 548

de demostrar dicha licitud para desvirtuar la sospecha de “ilicitud” del enriquecimiento verificado. Si esto no fuera así, sería imposible probar el delito.

Atendiendo a las múltiples posibilidades de materialización del aumento patrimonial, corresponde acreditar y argumentar la existencia de un enriquecimiento ilícito significativo ocasionado por la conducta activa u omisiva del autor durante el periodo que ejerció la función pública. En ese sentido, debe quedar claro que para una correcta imputación no basta citar el desbalance patrimonial o la negativa del acusado para justificarlo, sino que tiene que explicarse la manera en que la conducta del funcionario o servidor público habría generado ese aumento desproporcionado, la función pública que habría instrumentalizado, y sobre todo cuantificar pericialmente el desbalance económico de su patrimonio en su real dimensión para el caso en concreto.

En esa línea, en el Recurso de Nulidad Nro. 2976-2004, Ejecutoria Suprema emitida el 30 de diciembre de 2004, la Corte Suprema sostuvo que la pericia contable: “proporciona un dato concluyente, que valorado en su conjunto con las circunstancias de la responsabilidad penal del impugnante (...) al establecer la existencia indubitable de un desbalance patrimonial (...) reafirmadas en la diligencia de ratificación pericial realizada en el acto oral (...) que el periodo cuestionado es históricamente coherente con las fechas en las que se realizaron las adquisiciones de los certificados bancarios, como tal, permiten concluir la ilegitimidad de las sumas dinerarias con las que se adquirió los certificados bancarios, lo que además no han podido justificarse.”

1.4.7 Delito fuente

Como señala Salinas Siccha el: “enriquecimiento ilícito debe derivarse de la comisión de modalidades innominadas pero idóneas de abuso funcional, las cuales no deben constituir otros delitos funcionales, como los actos de corrupción pasiva, peculado o colusión. Este presupuesto material negativo del enriquecimiento ilícito lo convierte en un delito de carácter subsidiario o residual.”³⁵

³⁵ Salinas Siccha, Ramiro: “Delitos contra la Administración Pública”; Cuarta Edición. IUSTITIA. Grijley. Lima; 2016, pág.707

Es importante resaltar que el delito de enriquecimiento ilícito surge como respuesta punitiva ante la imposibilidad material de probar la existencia de un delito fuente, por lo que, ahí radica su naturaleza de tipo penal subsidiario. En ese sentido, en los casos en los que se acredite la apropiación de caudales del Estado como consecuencia del abuso del cargo originando el indebido aumento del patrimonio del servidor o funcionario público únicamente correspondería castigar el delito fuente. Por otro lado, el excedente patrimonial no justificado que supera lo obtenido por el abuso del cargo público, convertiría al delito de enriquecimiento ilícito en un tipo penal principal y autónomo en concurso con el delito fuente, resultando sancionable de manera independiente el aumento desproporcionado del patrimonio y el acto u omisión corrupto. Aspectos que desarrollaremos con mayor amplitud en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II

¿EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO ES UN TIPO PENAL PRINCIPAL O SUBSIDIARIO? ANÁLISIS DE SUPUESTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS

Si nos remitimos a la literalidad del delito de enriquecimiento ilícito: “El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos” podemos advertir a primera vista que se constituye en un delito de resultado al incrementar el sujeto activo ilícitamente su patrimonio, y que su razón político criminal se sostiene en sancionar al funcionario o servidor público que cometió *otro* delito que no se alcanzó a probar, generalmente contra la administración pública dada su condición de sujeto calificado. En ese entendido, procederemos a mencionar el panorama doctrinal en el Perú, para luego proceder a plantear casos en los cuales justificaremos la subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito frente a otros supuestos delictivos; y otros escenarios en los que asume un rol protagónico.

2.1 Panorama doctrinal peruano. Posiciones a favor y en contra de la subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito

2.1.1 A favor de la subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito

La doctrina peruana de forma predominante reconoce la subsidiariedad del supuesto típico de enriquecimiento ilícito autores como Fidel Rojas al trabajar la parte objetiva del tipo penal de enriquecimiento ilícito lo califica de subsidiario o complementario: “El tipo penal del art. 401 no describe conducta alguna ni aporta mayores elementos de tipicidad o de antijuricidad que guíe en el análisis jurídico, situación que contradice los postulados del principio de legalidad y hace de dicha figura una construcción típica anómala. No obstante, de la naturaleza del hecho ilícito, de la gravedad de la sanción y el carácter subsidiario o complementario de dicha norma.”³⁶

En esa línea, el profesor Manuel Abanto reconoce que el tipo penal de enriquecimiento ilícito opera con carácter subsidiario, constituye un tipo residual que se aplica a conductas no abarcadas por otros supuestos típicos: “Esta interpretación permite entonces que el tipo penal de «enriquecimiento ilícito» se aplique como tipo residual auténtico, cuando el enriquecimiento provenga de otros delitos perseguibles penalmente... Una solución distinta se obtendría si se admitiera la total autonomía del tipo penal de «enriquecimiento ilícito», pero ello implicaría violar el principio de *ne bis in idem*.”³⁷, agregando que: “No hay que olvidar que, aunque el tipo penal peruano no lo diga expresamente, la figura del «enriquecimiento ilícito» es o debe ser, en gran medida, subsidiaria a otros delitos específicos.”³⁸

Asimismo, Manuel Frisancho y A. Raúl Peña Cabrera al comentar el tema de los concursos respecto del delito de enriquecimiento ilícito establecen que no

³⁶ Fidel Rojas Vargas, Delitos contra la Administración Pública, Grijley, Lima, Perú, 2001., Pág. 465.

³⁷ Manuel Abanto Vásquez, Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano, Palestra Editores, Lima, Perú, 2001. Pág. 484 y 485

³⁸ Abanto Vásquez, Manuel; op. cit.; pág. 557:

existe la posibilidad que concurra con figuras delictivas afines, precisamente por tratarse de un tipo penal subsidiario.³⁹

Para Jorge Hugo Álvarez al referirse a las características del tipo penal del delito de enriquecimiento ilícito establecido en artículo 401 del Código Penal lo define como genérico y subsidiario: “El legislador ha recurrido a un tipo genérico y subsidiario para aquellos casos en que no se pueda probar el hecho ilícito (...) la subsidiariedad del tipo opera para impedir, precisamente, que por falta de pruebas o demostración de los hechos, quede impune una conducta que no se sabe qué es, pero que conlleva como expresión práctica un aumento patrimonial del agente derivado directa o indirectamente del ejercicio del cargo y que razonablemente no lo justifique.”⁴⁰

2.1.2 En contra de la subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito

En la otra orilla, y de manera minoritaria el profesor Tomás Gálvez Villegas afirma que en legislación peruana no existe razón alguna para sostener que el delito de enriquecimiento ilícito sea un tipo subsidiario, así las interpretaciones en tal sentido se deberían más a que muchos de los autores nacionales habrían asumido opiniones propias de la doctrina colombiana especialmente del autor Molina Arrubla, quien critica la supuesta subsidiariedad como una patente de corso de la impunidad sin haber constatado las diferencias estructurales con la legislación nacional. De esta manera, a su entender debe admitirse la posibilidad de concurso entre el enriquecimiento ilícito y otros delitos que se estructuren a partir de elementos objetivos como recibir, aceptar, etc., bienes o ventajas patrimoniales, o apropiarse de bienes o derechos.

Es más, a juicio del citado autor: “si atendemos a que el delito en cuestión se realiza con la incorporación de los bienes, activos o derechos al patrimonio del agente, este tipo penal no resultaría subsidiario de ningún otro delito, por cuanto su tipificación no resulta secundaria o auxiliar respecto a este último. Pues la

³⁹ Manuel Frisancho Aparicio y A. Raúl Peña Cabrera, Delitos contra la Administración Pública, Editora Fecat, Lima, Perú, 1999. Pág. 358.

⁴⁰ Jorge B. Hugo Alvarez, Delitos cometidos por Funcionarios Públicos contra la Administración Pública, Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2000. Pág. 217

subsidiariedad opera necesariamente para casos menos graves respecto al tipo principal más grave, en cuyo caso si nos encontráramos ante este último, el tipo penal subsidiario será desplazado, y sólo podrá ser aplicado si es que no nos encontramos ante el tipo principal. En el presente caso el hecho de que no se aplique la norma de enriquecimiento ilícito cuando se determina que la incorporación de bienes, derechos o activos al patrimonio del agente es posterior a la comisión de otro delito y como consecuencia de éste, no evidencia una relación de subsidiariedad entre las normas penales, (tipo cualquiera y enriquecimiento ilícito) sino, expresa una relación de consunción. En estos supuestos de consunción puede presentarse el caso en que se aplique una norma menos grave, desplazándose la más grave; lo que no puede suceder en la subsidiariedad en que la norma principal siempre será más grave”.⁴¹

Así la naturaleza subsidiaria del delito de enriquecimiento ilícito, resulta altamente cuestionable, si se tiene en cuenta que la razón político criminal que orientó la tipificación de este delito es de absoluta necesidad para evitar márgenes de impunidad, por ello se ha considerado su criminalización en los propios Convenios contra la corrupción, y en algunas Constituciones Latinoamericanas (como la Argentina, la Colombiana y la Peruana), y por tanto, no se puede tipificar este delito a través de un tipo subsidiario. Tanto más, si la relación de subsidiariedad implica siempre una norma principal más grave y una subsidiaria menos grave. En el caso del enriquecimiento ilícito éste es el delito más grave de los delitos contra la administración pública en el Perú, y por tanto no se puede sostener que es subsidiario de un delito menos grave. Finalmente, sostener la subsidiariedad, implicaría generar una totalidad impunidad, puesto que siempre vamos a tener que el patrimonio con el cual se incrementa el del imputado proviene de otro delito.

⁴¹ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino; “Delito de enriquecimiento ilícito”; Ed. Idemsa; Lima - Perú; 2001; pp. 146

2.2 Hechos antijurídicos que subyacen al delito de enriquecimiento ilícito

Respecto a las múltiples variables de enriquecimiento lícito e ilícito del funcionario o servidor público es vital que el operador jurídico deba establecer: “si el enriquecimiento, es decir, el marcado y ostensible contraste entre lo que se tuvo antes del acceso al cargo [público] y lo que se tiene durante o después de él, es el contenido material del delito en estudio”. En cambio, no es objeto de la norma penal: “el efectuar una pormenorizada mención de los ilícitos configuradores del proceso de enriquecimiento ilícito. Interesa tan sólo la ilicitud penal del resultado enriquecimiento, es decir, demostrar que su procedencia u obtención no ha seguido u observado los cauces permitidos y permisibles ni se debe a factores socialmente ajustados (herencias, negocios familiares, premios, etc.)”⁴².

En realidad, “los procedimientos por los cuales se produce el enriquecimiento son invariablemente delictivos en sí mismos: el Cohecho, la Exacción, la Negociación Incompatible, el Peculado, el Abuso de Autoridad, la Extorsión (...)”⁴³. Sobre el particular, la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad Nro. 2976-2004 precisó sobre las fuentes de enriquecimiento ilícito que: “en tanto delito comisivo y de resultado se consuma cuando el agente se enriquece ilícitamente, esto es, cuando logra un incremento real, significativo, de su patrimonio económico –que puede ser tanto aumento del activo como disminución del pasivo- a través de fuentes delictivas no funcionales, de infracciones diversas – incluso disciplinarias- o de otras vías no conformes con el ordenamiento jurídico, de ahí su nota de ilicitud del enriquecimiento; que a efectos de la concreción del enriquecimiento es de entender que el agente debe tener control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio.”

Por ende, la subsidiariedad o autonomía del delito de enriquecimiento ilícito se analiza a partir de considerarlo un delito de resultado que se castiga ante el

⁴² Rojas Vargas, Fidel: “Delitos Contra la Administración Pública”, Editora Jurídica Grijley, 2da. Edición, enero - 2001, pág. 468

⁴³ Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, TEZ, Buenos Aires, Argentina, 1978, pág. 204.

aumento patrimonial no justificado, bajo supuestos tipificados en el código penal peruano como consecuencia de un:

- i) Perjuicio patrimonial al Estado en beneficio propio.
- ii) Beneficios económicos ilícitos obtenidos de terceros.
- iii) Beneficios económicos proveniente de otras formas delictivas,

También existen algunos casos en los que no sería posible la imputación del delito de enriquecimiento ilícito al advertirse que la falta de transparencia en la oportunidad de la declaración de bienes y rentas es susceptible de reproche administrativo más no penal.

2.2.1 Implica provecho ilícito en desmedro del patrimonio del Estado

En este punto, nos remitiremos al aumento patrimonial del funcionario o servidor público cuando proviene directamente en desmedro de las arcas del Estado, es decir el sujeto activo obtiene fondos de manera ilícita por el apoderamiento de fuentes de la administración pública.

Peculado doloso y culposo.

"Artículo 387.- El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (...)."

Es importante mencionar lo establecido por el Tribunal Constitucional sobre la apropiación de dinero estrictamente público para la configuración del citado delito: "(...) El delito de peculado, para quedar tipificado, requiere necesariamente, entre otros, el elemento de la calificación de los fondos utilizados como públicos, no pudiendo configurarse el tipo penal si se tratase de dinero de fuente privada: al existir duda razonable en cuanto al origen del dinero recibido por el peticionario, existe también duda en cuanto a la tipificación del delito de peculado (...)."⁴⁴

⁴⁴ Sentencia Nro. 139-2002-HC/TC, 29 de enero del 2002, fundamento 04.

Respecto a la subsidiariedad del tipo penal en análisis, la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad Nro. 2565-2007 en la Ejecutoria Suprema emitida el 3 de marzo de 2008, reconoció que corresponde la absolución del cargo imputado por el delito de enriquecimiento ilícito cuando se acredita el delito fuente del ilegal incremento patrimonial: “se procedió correctamente al concluir por la absolución a los procesados (...) por el delito de enriquecimiento ilícito y (...) la condena al sentenciado por el delito contra la administración pública - peculado -. Sexto: Que se arriba a esta conclusión en cuanto a la irresponsabilidad penal del proceso [...] por el delito de enriquecimiento ilícito, especialmente porque el desbalance económico imputado se debe al dinero ilícitamente apropiado en su calidad de funcionario público representante de la Comuna agraviada”.

2.2.2 Implica provecho ilícito por dinero de particulares

La Corte Suprema en el Recurso de Nulidad Nro. 5318-2006, Ejecutoria Suprema del 06 de septiembre del 2007 señaló que el delito de enriquecimiento ilícito no requiere que el incremento del patrimonio del funcionario o servidor público deba provenir necesariamente de fondos del Estado que administra o maneje, sino que este ilícito penal también acepta que el mismo sea producto de dinero que recibe provenga de particulares en procura de un beneficio personal, pues basta para que se configure el delito que el sujeto activo incremente su patrimonio ilegalmente por razón de su cargo.

Este incremento patrimonial, puede producirse a través de un aumento de los activos o una disminución de los pasivos como consecuencia del abuso del cargo por parte del sujeto activo que repercuten en cualquier beneficio patrimonial a su favor, representada por ejemplo “en donaciones o aportes en dinero en efectivo, títulos valores, cuentas corrientes o de ahorros o cualquier otro producto financiero, bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales, acciones u otros derechos apreciables en dinero, como también en la cancelación de deudas o la extinción de obligaciones.”⁴⁵

⁴⁵ Osorio Chacón, Álvaro: “Enriquecimiento ilícito de servidores públicos y de particulares”, Grupo Editorial Ibáñez, 2015, pág. 85

En este supuesto, haciendo a un lado el natural perjuicio que le acarrea al Estado la conducta funcional del servidor o funcionario público corrupto, hablaremos del enriquecimiento de aquéllos cuando se origina por fuentes provenientes de terceros. Es decir, el enriquecimiento ilícito proviene de fondos privados como consecuencia del abuso del cargo por parte del sujeto activo.

Concusión

“Artículo 382.- El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial (...).”

Colusión

"Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado (...)."

Tráfico de influencias

"Artículo 400.- El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo (...).”

Cohecho pasivo propio

"Artículo 393.- El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas (...).”

Soborno internacional pasivo

“Artículo 393-A. El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o

indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones Oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales (...).”

Cohecho pasivo impropio

"Artículo 394.- El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado (...).”

Por ejemplo, ante un incremento patrimonial en una cuenta bancaria de un funcionario (...) Si el juez llegara a probar que el dinero provino de un soborno, ya no estaría probando el “enriquecimiento ilícito (...), sino en realidad el cohecho que llevó al incremento patrimonial.”⁴⁶

2.2.3 Delitos comunes de provecho dinerario

Dentro de la gama de conductas delictivas que contiene el Código Penal peruano, imaginemos el caso planteado por el profesor Bárcenas Espitia⁴⁷, un funcionario o servidor público que, realizando una labor criminal totalmente independiente a su cargo funcional, por pertenecer a una banda de secuestradores, por ejemplo, incrementa su patrimonio económico: ¿Podríamos predicar de él la comisión del delito bajo análisis?

El nexo de causalidad funcional del agente público por abuso del cargo subsiste en algunos tipos penales no considerados como delitos contra la administración pública dentro del Código Penal peruano.

⁴⁶ Abanto Vásquez, Manuel: “Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano”, Editorial Palestra, 2da. Edición, abril – 2003, pág. 549

⁴⁷ Bárcenas Espitia, Edgar. “El Enriquecimiento Ilícito”. Web System E.U., Bogotá, Colombia, 2003, pág. 23.

<https://books.google.com.ec/books?id=tgCL1hbPBJoC&printsec=copyright#v=onepage&q&f=false>

Formas agravadas de la Trata de Personas

"Artículo 129-B, inciso 1: El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública."

Formas agravadas del tráfico ilícito de drogas

"Artículo 297, inciso 1: El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública."

Formas agravadas del tráfico ilícito de migrantes

"Artículo 303-B, inciso 1: El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública."

Estos casos son de particular interés porque si bien no afectan el patrimonio del Estado, el abuso del cargo funcional es el generador del ilícito incremento patrimonial del funcionario y servidor público. Por lo que, es factible ante la falta de justificación del desbalance patrimonial imputar el delito de enriquecimiento ilícito.

2.3 Supuestos de atipicidad

En este supuesto encontramos los casos en que, existiendo un aumento patrimonial del funcionario o servidor público, ello no se deriva de alguno de los puntos previamente indicados, si no, de ingresos lícitos externos que no fueron justificados:

- i) En el caso de ganarse la lotería, o acceder a una herencia inesperada, el agente público no cumple con declarar su aumento patrimonial a fin de evitar el cobro de acreedores o por el temor a la delincuencia común por posibles robos o secuestros que lo afecten o por proteger a su familia.
- ii) Regalos que recibe algún funcionario o servidor público de un eventual amante adinerado. Por ejemplo, el caso de un Juez que, para evitar el reproche moral de una causal de divorcio por su infidelidad, prefiera

guardar silencio y enfrentar la justicia a señalar la procedencia de su aumento patrimonial.

Es decir, el sujeto activo en ambos casos, ya sea por evitar exponerse y proteger a su familia de un eventual secuestro o eludir la vergüenza social, opta por el estigma penal.

- iii) Existen otros casos, en los que el aumento patrimonial no deviene en un delito sino más bien en una infracción administrativa. Por ejemplo, la función pública en el Perú es un cargo a dedicación exclusiva salvo la docencia, pero el funcionario o servidor público podría indebidamente regentar un local que le provee ingresos ilícitos extras.

Sobre este último supuesto se ha pronunciado la Corte Suprema en el siguiente sentido: “En cuanto al delito de enriquecimiento ilícito, este delito no abarca el enriquecimiento del sujeto público al margen del cargo, y cierto es que percibió doble remuneración, esto es solo un ilícito de carácter administrativo, que atenta contra la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Remuneraciones del Sector Público.”⁴⁸

Este apretado recuento, nos permite comprobar la ductilidad del delito de enriquecimiento ilícito en todos los supuestos examinados, y el reto que implica para los operadores jurídicos establecer cuando correspondería ser indudablemente un delito subsidiario o uno de carácter principal.

⁴⁸ Ejecutoria Suprema del 6 de diciembre del 2002. Exp. Nro. 4071-2001. Puno. Salazar Sánchez, Nelson. Delitos contra la Administración Pública (Jurisprudencia Penal). Jurista Editores 2005 pág. 535

CAPÍTULO III
POSICIONES DE LOS OPERADORES JURÍDICOS FRENTE A LA
SUBSIDIARIEDAD DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

3.1 Posición de la defensa técnica frente al delito de enriquecimiento ilícito

La defensa técnica de los acusados por el delito de enriquecimiento ilícito no debe concentrar sus esfuerzos en exigir a la Fiscalía que demuestre las conductas funcionariales ilícitas cometidas durante el ejercicio del cargo público que originaron el acrecentamiento del patrimonio de su patrocinado, al resultar manifiestamente incongruente con el citado tipo penal la acreditación del delito fuente, por el contrario, se activaría la condición de subsidiariedad del enriquecimiento ilícito dando lugar al procesamiento por otros delitos funcionales.

A nivel jurisprudencial esta subsidiaridad del delito de enriquecimiento ilícito ha sido reconocida en el Recurso de Nulidad Nro. 2267- 2005, Ejecutoria Suprema del 12 de diciembre del 2005 afirmando que: “cuando el delito de enriquecimiento ilícito y peculado inciden respecto a las diversas sumas de dinero con las cuales se adquirió bienes y se constituyeron diversas empresas, encontrándose configurado el evento criminoso como peculado, y siendo que el delito de enriquecimiento ilícito ha sido subsumido dentro del primer ilícito, entonces se ha aplicado coherentemente en la recurrida el principio de subsidiariedad, cuyos efectos también favorecen a su coprocesada”.

Como estrategia de defensa ante la imputación fiscal del delito de enriquecimiento ilícito acompañado de otro ilícito penal contra la administración pública solo le corresponde a la defensa:

- i) Demostrar la procedencia lícita del aumento patrimonial del enriquecimiento.
- ii) Aceptar que el incremento patrimonial es consecuencia de otro delito (y debe aportar elementos que corroboren ello —artículo 161 del Nuevo Código Procesal Penal). Por ejemplo, reconocer como delito fuente el

delito de peculado ¿Por qué hacerlo? La pena por delito de enriquecimiento ilícito es mayor que el resto de tipos penales comprendidos contra la Administración pública.

iii) Por supuesto, si el acusado es inocente, negar ambos supuestos ilícitos.

3.2 Posición del Ministerio Público frente al delito de enriquecimiento ilícito

En cuanto a este extremo se refiere, no resulta exigible a la Fiscalía para la configuración del delito de enriquecimiento ilícito probar que las actividades ilegales que generaron el desbalance patrimonial se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria. Ello considerando que la vinculación del delito de enriquecimiento ilícito con el delito fuente no se encuentra supeditado a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma protectora de su propio bien jurídico, ajeno al delito fuente. Por tanto, se sostiene que no le corresponde a la Fiscalía acreditar la participación del sujeto activo en la materialización de actos criminales previos para justificar su tipicidad.

En el orden jurídico peruano, el Fiscal se encuentra constitucionalmente habilitado para proceder con arreglo a ley e imputar el delito de enriquecimiento ilícito ante el incremento patrimonial no justificado, sin que aparezca una explicación razonable de orden contable, económico, financiero o legal de ese enriquecimiento, en concurso con otro tipo penal.

En ese sentido, al existir diferentes categorías de imputación al lesionar de manera independiente bienes jurídicos distintos se configura el concurso de delitos porque un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. Por lo que, de existir pruebas de la existencia de ambas conductas punibles como consecuencia del desbalance patrimonial que excede las fuentes de ingresos ilícitos producto de actos de corrupción o delitos comunes, corresponde al Fiscal proceder de conformidad con el artículo 50 del código penal peruano: “Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las

penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta."

3.3 Posición del juez frente al delito de enriquecimiento ilícito

Presentaremos diversos escenarios en los que se admite y rechaza la subsidiariedad del enriquecimiento ilícito, y la propuesta de solución en instancia judicial en cada caso.

- i) Cuando no es aplicable la subsidiariedad, y corresponde emitir sentencia absolutoria por el delito de enriquecimiento ilícito.

Lógicamente cuando el sujeto activo logra dar un sustento jurídicamente válido o explica razonablemente la procedencia del incremento patrimonial, no es sostenible la imputación del delito de enriquecimiento ilícito, por lo que, corresponde su absolución.

- ii) Cuando no es aplicable la subsidiariedad, y corresponde emitir sentencia condenatoria por el delito de enriquecimiento ilícito.

En el caso que el Ministerio Público no alcance a probar o imputar la existencia de un eventual delito fuente, y el sujeto no logre justificar su acreditado desbalance patrimonial, no surgiría la subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito, y será considerado como un delito único y principal.

- iii) Cuando no es subsidiario, el acusado niega los hechos, y corresponda emitir sentencia condenatoria por ambos tipos penales: el delito de enriquecimiento ilícito y el delito fuente

Este supuesto se da cuando el Ministerio Público acredita el delito fuente, pero éste ha generado un incremento patrimonial menor al total del desbalance hallado en la prueba pericial contable del procesado; y éste —a su vez— no justifica

el excedente patrimonial. En este extremo se admite que el resultado puede provenir de la fuente ilícita o de un hecho que no se logró probar.

Gráfico Nro. 2



Ha de advertirse que en este caso específico se daría la figura de concurso de delitos, por un lado el incremento patrimonial debido al delito fuente el cual se atribuye a éste de forma independiente; y por el otro lado, considerando que el delito fuente al no explicar la totalidad del desbalance económico corresponde imputarse este hecho ignoto, que —justamente por haberse quedado en el ámbito de lo desconocido— debe sancionarse como enriquecimiento ilícito porque presupone la obtención de un incremento patrimonial injustificado proveniente de *otra* actividad delictiva.

- iv) Cuando sí es subsidiario, el acusado niega el delito de enriquecimiento ilícito, pero confiesa y sustenta el delito fuente, corresponde emitir sentencia condenatoria por el delito fuente y ya no por el delito de enriquecimiento ilícito

En el transcurso del proceso por el delito de enriquecimiento ilícito, se adviene un elemento de prueba que sustenta el origen ilícito del patrimonio del imputado, el cual usualmente será la confesión sincera y sustentada del procesado;

ello considerando que un Fiscal que está imputando enriquecimiento ilícito se dé por propia iniciativa a probar otro tipo penal; por otro lado, las probabilidades de que durante el juicio alguien haga conocer al Ministerio Público elementos de convicción sobre el delito fuente son prácticamente nulas.

En tal supuesto, si el procesado no sólo confiesa el tipo fuente, sino además brinda elementos de corroboración, quedará sustentado dicho otro delito. Por tanto, al haber una explicación del incremento indebido del patrimonio del sujeto activo proveniente del delito fuente, corresponderá al juez condenar solo por esta figura.

- v) Cuando sí es subsidiario, existe aceptación por parte del acusado de ambos tipos penales, corresponde emitir sentencia condenatoria únicamente por el delito fuente, y excluir el delito de enriquecimiento ilícito.

Si el sujeto activo acepta los dos tipos penales, por ejemplo, el delito de enriquecimiento ilícito y cohecho pasivo impropio, el juez solo debe condenar el delito fuente (cohecho), y no el resultado de la fuente que sería el desbalance patrimonial como delito de enriquecimiento ilícito, siempre que no supere la razonable justificación del aumento económico.

Esta solución se da porque existe un tipo penal que no solo abarca la conducta antijurídica del sujeto respetando el principio de legalidad, sino que además satisface la expectativa punitiva Estatal sobre el sujeto activo procurando un derecho penal de mínima intervención, y finalmente se cumple con la capacidad de resarcimiento económico por el mal causado al quedar perfectamente habilitada la reparación civil.

Por tanto, estando a los dos últimos puntos, cuando el delito de enriquecimiento ilícito sea un tipo penal subsidiario corresponde en un Estado Constitucional de Derecho que la Fiscalía se abstengan de perseguir al sujeto imputando el delito de enriquecimiento ilícito considerando que su capacidad represiva se encuentra satisfecha con la identificación del delito fuente.

CONCLUSIONES

El delito de enriquecimiento ilícito se presenta ante la acreditación del desbalance patrimonial no justificado por parte del funcionario o servidor público, el cual debe ser lo suficientemente considerable como para sobrepasar la barrera pecuniaria que envuelve al tipo penal. Por tanto, si se descubre el delito fuente no corresponde perseguir inútilmente sus múltiples consecuencias, sino fijar la atención de la lucha contra la corrupción en la causa del mismo para poder contrarrestarlo eficazmente.

La corrupción requiere ser combatida eficientemente, y contrario al pensamiento de que el delito de enriquecimiento ilícito la evita, sucede que solo castigamos el resultado de la corrupción, no el acto corruptor. Por ello, el delito de enriquecimiento ilícito debe ser valorado por el operador jurídico como un tipo penal de ultima ratio respecto a los demás delitos contra la administración pública.

El delito de enriquecimiento ilícito es un tipo penal subsidiario, y su razón político criminal de evitar los márgenes de impunidad, no habilita a la Fiscalía para que en un Estado Constitucional de Derecho se recurra a su imputación sin ponderar la razonabilidad de recurrir al delito fuente o justificar la posibilidad de concurso.

Considerando que el costo de la ilegalidad encierra un beneficio económico para el agente corrupto, el enriquecimiento ilícito es un delito complejo por cuanto encierra el acto positivo de haberse enriquecido apreciablemente y el negativo de no justificar la procedencia de ese enriquecimiento. Por ello, los operadores jurídicos deben procurar racionalizar su imputación y eventual sanción, de tal forma que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el sujeto activo que el cumplimiento de las normas infringidas.

RECOMENDACIONES

La inclusión del enriquecimiento ilícito como delito en los cuerpos normativos Latinoamericanos podría convertirse en una respuesta punitiva más

eficiente en la lucha contra la corrupción si se le reconoce de manera taxativa su carácter subsidiario frente a la imposibilidad material de descubrir o probar el delito fuente. Así, la legalidad daría paso a una visión de complementariedad del delito de enriquecimiento ilícito frente a otros tipos penales.

Este criterio de complementariedad serviría para abarcar aspectos procesales y sustantivos en los cuales el Estado reconoce que ve reducida su capacidad de combatir oportuna y eficazmente la corrupción por el intrincado sistema con el que operan las organizaciones criminales transnacionales, configurando multiplicidad de hechos delictivos con la anuencia de funcionarios y servidores públicos que se benefician económicamente del incumplimiento de su rol funcional.

BIBLIOGRAFÍA

Abanto, M. (2003). Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Editorial Palestra, 2da. Edición.

Blanco, I. (2013). El delito de enriquecimiento Ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/42235/1/2013_Blanco_ReAIDP.pdf

Del Carpio, J. (2015). El delito de enriquecimiento ilícito análisis de la normativa internacional. Revista General de Derecho Penal Nro. 23. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3364817

Gálvez, T. (2001). Delito de enriquecimiento ilícito. Ed. IDEMSA. Lima - Perú.

Hugo, J. (2000). Delitos cometidos por Funcionarios Públicos contra la Administración Pública, Gaceta Jurídica, Lima, Perú.

Mujica, J., Quinteros, V., Castillo, R., & Chávez, C. (2012). La procuraduría anticorrupción en perspectiva crítica: Reparaciones civiles / investigación / sistema de información.

<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2012/06/anticorrupcion-Primer-Informe-situacional.pdf>

Novoa, Y. (2016). ¿Son las convenciones de lucha contra la corrupción tratados de derechos humanos? Themis, (69).

Osorio, A. (2015): “Enriquecimiento ilícito de servidores públicos y de particulares”, Grupo Editorial Ibáñez.

Peña R. & Francia, L. (1993). Delito de enriquecimiento ilícito. Ed. Jurídicas. Lima – Perú.

Prado, V. (2017). Delitos y Penas. Una Aproximación a la Parte Especial. Ed. Ideas; Lima – Perú.

Rodríguez, N. & Gabriel, O. (2018). El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: Tendencias y perspectivas. Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico. UBIJUS, Editorial SA.

Rojas, F. (2003). Delitos Contra la Administración Pública. 3da. ed. Ed. Grijley. Lima - Perú.

Salinas, R. (2016). Delitos contra la Administración Pública. Cuarta Edición. IUSTITIA. Grijley. Lima.

Shack, N., Pérez, J., & Portugal, L. (2020). Cálculo del tamaño de la corrupción y la inconducta funcional en el Perú: Una aproximación exploratoria. Documento de Política en Control Gubernamental. Contraloría General de la República. Lima, Perú.

https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/documento_trabajo/2020/Calculo_de_la_Corrupcion_en_el_Peru.pdf

Vidales, C. (2008) El Delito de Enriquecimiento Ilícito: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparativa. Especial referencia a la legislación colombiana. 1 ed. Miami, Florida. Centro para la Administración de Justicia.

Fabián, E. (2017) Blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito y decomiso de bienes. Debate sobre la presunción de inocencia. Tirant lo Blanch

FUENTES CONSULTADAS

Centro Nacional de Planeamiento Estratégico – CEPLAN. (2011). Plan Bicentenario / El Perú hacia el 2021.

http://www.ceplan.gob.pe/documentos_/planbicentenario/

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020). Perú: Percepción ciudadana sobre gobernabilidad, democracia, y confianza en las instituciones. Informe Técnico.

http://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe_de_gobernabilidad_may2020.pdf

Poder Judicial del Perú. (2017). X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 17 de octubre de 2017.

Presidencia del Consejo de Ministros - PCM. (2012). Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016.

<http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2012/Diciembre/09/DS-119-2012-PCM.pdf>