



EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y SU TRATAMIENTO EN LA DOCTRINA Y NORMA SUSTANTIVA

Jorge A. Pérez López ^(*)

Fecha de publicación: 01/07/2012

SUMARIO: I. Introducción. II. La subsidiaridad del delito de enriquecimiento ilícito. III Bien jurídico protegido. IV. Tipo objetivo. IV.1. El funcionario o servidor público como sujeto activo. IV.1.1. La ilicitud de la conducta funcional (“ejercicio de sus funciones”). IV.1.2. La infracción del deber vinculado a la función. IV.2. El Estado como sujeto pasivo. IV.3. El incremento patrimonial penalmente relevante. V. Tipo subjetivo: el dolo como elemento del tipo. VI. Autoría y participación en el delito de enriquecimiento ilícito. VII. La ilicitud formal y la carga de la prueba. VIII. Consumación y tentativa. IX. Consecuencias jurídicas del delito.

I. INTRODUCCIÓN

Los cargos y empleos públicos no pueden ser una fuente de enriquecimiento económico y de lucro, los sujetos públicos se deben a la nación más no a los apetitos y avidez crematística de sus impulsos. Si esta dedicación a los intereses públicos les reporta un regular y justo enriquecimiento, en buena hora, pero lo que sí es intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva es que se haya usado el cargo o la función para acumular o hacer riqueza de manera ilícita. En los últimos años hemos sido testigos de la proliferación de conductas delictivas vinculadas a la corrupción de funcionarios y servidores públicos y,

^(*) Abogado.
coquiperezl@hotmail.com

consecuentemente, del surgimiento de grandes fortunas acumuladas por inescrupulosos funcionarios y sus testaferros, produciéndose una notoria conmoción psicosocial en el país¹.

La defensa de la criminalización del enriquecimiento ilícito ha reposado por lo general en criterios de necesidad de pena, en el sentido de evitar vacíos de punibilidad frente a aquellos funcionarios que al final del ejercicio de sus cargos ostentan un patrimonio importante no justificado en razón de sus ingresos y sin que pueda acreditarse que hayan cometido peculado, cohecho u otros delitos contra la administración pública². Se ha vinculado la represión del enriquecimiento ilícito con el mandato contenido en el artículo 39° de la Carta Magna que señala que “todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”.

Este delito también ha planteado dudas de legitimidad en torno al merecimiento de pena, en los siguientes sentidos³: 1) porque se adoptaría una fórmula lacónica⁴, quizás vacía de contenido del injusto y entonces infractora de los principios de lesividad y legalidad reconocidos en los artículos 44° y 2°.24.d de la Carta Magna; 2) podría violarse la garantía de no autoincriminación o *nemo tenetur* prevista en el artículo 8°.2.g de la Convención Americana de Derechos Humanos; y 3) porque podría conculcarse el principio de presunción de inocencia del artículo 2°.24.e de la Constitución; este último aspecto, vinculado a una posible inversión de la carga probatoria. En el presente trabajo responderemos a las dudas que se tienen respecto al delito materia de análisis.

II. LA SUBSIDIARIDAD DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

La función que cumple la subsidiaridad está relacionada con la necesidad político-criminal de cubrir espacios o ámbitos desprovistos de regulación y por lo mismo susceptibles de impunidad, por deficiencias

¹ IZARNOTEGUI PINASCO, Alfonso “Análisis del delito de enriquecimiento ilícito”. En *Dialogo con la jurisprudencia N° 124*, Gaceta jurídica, Lima, enero 2009, p. 239.

² SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Jurista, Lima, 2002, pp. 125-126.

³ *Idem*, pp. 139-140.

⁴ Al respecto, ROJAS VARGAS señala que el tipo penal del artículo 401° no describe conducta alguna, no aporta mayores elementos de tipicidad que guíen el análisis jurídico, situación que contradice los postulados del principio de legalidad y hace de dicha figura una construcción típica anómala (ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. 3ra. Edición, Grijley, Lima, 2003, p. 616).

probatorias o restricciones descriptivo-comprensivas de los tipos penales básicos o principales. Desde esta perspectiva, la subsidiaridad no siempre y necesariamente (lo que de por sí es criticable) va a guardar concordancia con los principios de legalidad y determinación de las conductas, lo que hace que en su formulación se acuda por lo general a cláusulas abiertas de tipicidad que hacen difícil la labor de interpretación y pueden permitir desbordamientos de criminalización⁵.

El delito de enriquecimiento ilícito carecería de la descripción de acción típica⁶, no describe conducta alguna, pues habría surgido para evitar que delitos contra la administración pública que cometían funcionarios o servidores públicos queden en la impunidad por problemas de probanza. Ante la perjudicial impresión social que generaba el absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación, por no poder probar el delito que permitió dicha acumulación, se optó por crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito. Como vemos, la *ratio legis* (razón político criminal de creación del delito), permite establecer el carácter subsidiario de este supuesto típico.

El enriquecimiento ilícito, al tratarse de un tipo penal de peligro abstracto, sería sólo aplicable ante la falta de otro delito contra la administración pública. La doctrina nacional predominante reconoce el carácter subsidiario del delito en análisis, el mismo que operaría para impedir, precisamente, que por falta de pruebas o demostración de los hechos, quede impune una conducta que conlleva como expresión práctica un aumento patrimonial del agente derivado directa o indirectamente del ejercicio de la función y que razonablemente no sea justificado.

⁵ Idem, p. 628.

⁶ **Artículo 401° del Código penal.**- El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código penal.

Si el agente es funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o en empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código penal.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o 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 sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.

A juicio de ABANTO VASQUEZ⁷, si se dice que el tipo penal de enriquecimiento ilícito tiene carácter subsidiario (cedería ante otros delitos contra la administración pública) es lógicamente innecesario demostrar en concreto el origen ilícito (punible o no) del enriquecimiento. Decir que solamente sería aplicable cuando se tratase de incrementos patrimoniales provenientes de un “cohecho” o cualquier otro delito contra la administración pública, estaría presuponiendo la no aplicación del “enriquecimiento ilícito” sino de las otras figuras delictivas. Pero además, si se admitiera la total autonomía del tipo de enriquecimiento ilícito, se atendería contra el principio de *ne bis in idem*, ya que se sancionaría más de una vez a la misma persona por el mismo delito cometido, “una vez por delito de ‘enriquecimiento ilícito’, y otra por el delito principal contra la administración pública”.

En sentido contrario se ha pronunciado GALVEZ VILLEGAS⁸, quien afirma que en nuestra legislación no existe razón alguna para sostener que éste 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 doctrinas extranjeras sin haber constatado las diferencias estructurales con la legislación nacional. De esta manera, a su entender debe admitirse la posibilidad de concurso ideal entre el enriquecimiento ilícito y otros delitos que se estructuran a partir de elementos objetivos como recibir, aceptar, etc., bienes o ventajas patrimoniales, o apropiarse de bienes o derechos.

Frente a esta disyuntiva, debería consignarse expresamente en el tipo penal de enriquecimiento ilícito su carácter subsidiario y establecerse una pena necesariamente menor que la de otros delitos, como el cohecho o el peculado, que ya implican la lesión del bien protegido. Mientras tanto y en orden a salvaguardar el *ne bis in idem*, debe seguirse entendiendo que el delito del artículo 401° del Código penal no puede concurrir idealmente con otro delito contra la administración pública⁹, limitándose a ser un medio de evitación de vacíos de punibilidad como función político criminal.

⁷ Ver ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el CP peruano*. Palestra, Lima, 2001, pp. 484-486.

⁸ Ver GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Idemsa, Lima, 2001, p. 188.

⁹ En el mismo sentido PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la administración pública*, 2da.edición, Portocarrero, Lima, 1997, p. 241.

ÁNGELES Y FRISANCHO¹⁰ participan de la idea que el enriquecimiento no debe provenir de los delitos comunes, pues en tales casos deberán aplicarse dichas figuras al funcionario o servidor que delinque. GALVEZ VILLEGAS es del criterio que los acrecentamientos patrimoniales que tienen en su base de procedencia actos de ilicitud civil o de otro tipo distinta a la penal no resultan absorbibles por la tipicidad del enriquecimiento ilícito, ya que el Derecho penal y el control penal en su conjunto sólo operan como *ultima ratio*, dada la naturaleza subsidiaria de la reacción penal y el carácter de mínima intervención de la norma penal¹¹. También debe descartarse la admisibilidad del enriquecimiento proveniente de actos inmorales.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El artículo 401° del Código penal busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídicopenalmente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la nación. No es el patrimonio el punto de atención de la norma penal, no obstante que el sujeto público se haya enriquecido ilícitamente con dinero del Estado o de procedencia particular y que de su incremento significativo patrimonial como dato material se concluye la existencia objetiva del delito, sino la necesidad de controlar los intereses crematísticos desmedidos del funcionario y servidor público¹².

Si bien es cierto que como categoría genérica se tiene a la administración pública como bien jurídico tutelado, lo que se afecta con la perpetración de las conductas típicas de este delito son la funcionalidad, el prestigio, la dignidad y la confianza de la función pública, y la actuación de los agentes que lo integran¹³. Resulta cuestionable que se trate de proteger la moral pública como afirman algunos autores, pues el concepto “moral” es muy equívoco y sujeto a múltiples y disímiles interpretaciones. Por lo demás, hace ya tiempo atrás que el Derecho penal y la moral pública tienen sus propios espacios de vigencia y control.

¹⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob cit, p. 611.

¹¹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Ob cit, pp. 140-141.

¹² Ver ROJAS VARGAS, Fidel. Ob cit, pp. 614-615.

¹³ IZARNOTEGUI PINASCO, Alfonso. Ob cit, p. 239.

IV. TIPO OBJETIVO

El artículo 401° del Código penal sanciona al funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, lo que ha sido criticado pues no se describe una conducta peligrosa para los bienes antes señalados, sino una simple “situación” o “estado económico”. Como acota SANCINETTI¹⁴, “enriquecerse” no es un comportamiento, es el resultado de la comparación entre el estado patrimonial en el momento 1 y el estado patrimonial en el momento 2; esto constituye, naturalmente, “un hecho jurídico” en el sentido del Código Civil, pero no un “hecho” en el sentido del Derecho penal de acto (acción u omisión punible), porque el incremento patrimonial puede producirse sin ninguna conducta. Bajo esa comprensión y al no evidenciarse un contenido del injusto, en términos de lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos, estaríamos frente a una manifestación de “Derecho penal de autor” incompatible con la exigencia constitucional de lesividad que se deduce del artículo 44° de la Carta Magna y se recoge expresamente en el artículo IV del Código penal.

IV.1. El funcionario o servidor público como sujeto activo.

El autor del delito de enriquecimiento ilícito sólo puede serlo el sujeto público (funcionario y/o servidor¹⁵) que durante el ejercicio de sus funciones incrementa ilícitamente su patrimonio. No abarca al particular, ni al sujeto público que se enriquece al margen del cargo o función, contexto de acciones este último cubierto por otras figuras delictivas, civiles, administrativas o de irrelevancia penal¹⁶. Los sujetos públicos para ser merecedores de sanción penal deberán enriquecerse teniendo una función o empleo del que abusan o utilizan violando los deberes institucionales y funcionales que de los mismos se desprenden.

IV.1.1. La ilicitud de la conducta funcional (“ejercicio de sus

¹⁴SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob cit, pp. 142-143.

¹⁵ Según el párrafo 2 del artículo I de la CICC se entiende por “Funcionario o servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”. Esta definición acoge el requerimiento de título y ejercicio efectivo de la función (“desempeñar actividades y funciones”) como componentes del concepto de funcionario, que ocupa un status especial y tiene un deber de garante para con la sociedad y el Estado, de suerte que debe evitar la lesión de los intereses de la administración pública.

¹⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob cit, p. 608.

funciones”).

La delimitación de la expresión “ejercicio de sus funciones” del artículo 401° del Código penal debe efectuarse con un criterio amplio y restringido a la vez, extenso en el sentido de tomar en cuenta aquellas situaciones no previstas en otros tipos penales dado el carácter subsidiario del enriquecimiento ilícito, y restringido en orden a descartar la relevancia penal de aquellas conductas totalmente desvinculadas de la función, es decir cuando el funcionario actúa como particular¹⁷.

Como precisa RODRIGUEZ PUERTAS¹⁸, fundamental para la lesión del bien jurídico “no es que el funcionario infrinja la reglamentación sobre atribución de competencias, sino que tenga la posibilidad *de facto* de llevar a cabo el acto”, por ello concluye que deben considerarse actos realizados en el ejercicio del cargo: 1) aquéllos para los cuales el funcionario es objetiva, territorial y materialmente competente, y 2) los que estando al margen de su competencia para efectuarlos, no son completamente ajenos a la órbita de sus competencias, por lo que de facto pueden llevarlos a cabo, bien porque: 2.1) resultan facilitados por su posición en la administración, o 2.2) su ejecución corresponde al órgano o entidad de la administración donde él presta servicios, siempre que pueda entablarse una relación entre el acto delictivo y las genéricas funciones por él desempeñadas.

La expresión “ejercicio de sus funciones” permite que “sean punibles también aquellos casos en los que el funcionario o servidor público actúe excediéndose de las facultades y prerrogativas propias del cargo así como en las situaciones en las que fuera del ejercicio de sus funciones actúe premunido de estas facultades, es decir se vale de su cargo para sus propósitos lucrativos, aún cuando su actuación se desarrolle al margen del ejercicio de la función que le compete”¹⁹.

IV.1.2. La infracción del deber vinculado a la función.

El enriquecimiento ilícito no puede entenderse como un tipo de Derecho penal de autor, la prohibición penal no se erige contra el funcionario o servidor público por el simple hecho de ostentar esa cualidad,

¹⁷ Ver SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob cit, p. 197.

¹⁸ RODRIGUEZ PUERTAS, María José. *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Arazandi, Pamplona, 1999, p. 206.

¹⁹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Ob cit, p. 153.

sino por su posición de custodia frente a los bienes de la administración pública, por el especial deber derivado de la función^{20 21}. Su configuración como delito de peligro abstracto trae consigo la necesidad de vincularlo a una exigencia de efectiva peligrosidad *ex ante*, la cual reposa precisamente en la vinculación típica del enriquecimiento con el ejercicio de la función.

Como precisa GALVEZ VILLEGAS²², “no puede sostenerse que ante el incremento patrimonial del funcionario o servidor público, determinemos la tipicidad sin haber establecido (...) que dicho incremento ha sido ilícito, al haber utilizado el funcionario o servidor su cargo para lucrar indebidamente y a costa de la funcionalidad de la administración pública”. Por lo tanto, en la interpretación del artículo 401° del Código penal no puede excluirse la discusión relativa al enriquecimiento ilícito como delito de infracción de deber, ni su configuración como delito de peligrosidad abstracta o *ex ante* del comportamiento.

IV.2. El Estado como sujeto pasivo.

El sujeto pasivo en el delito de enriquecimiento ilícito es el Estado. Frente a la posición de que el particular es sujeto pasivo secundario si otorga una ventaja privada, ello no debe admitirse porque de comprobarse tal entrega el particular podría ser autor o partícipe de otro delito contra la administración pública (por ejemplo, de cohecho activo), en cuyo caso no podrá recurrirse al tipo subsidiario de enriquecimiento indebido²³.

IV.3. El incremento patrimonial penalmente relevante.

La entidad del incremento patrimonial penalmente relevante ha sido zanjada mediante la regla indiciaria prevista en el tercer párrafo del artículo 401° del Código penal, según la cual es necesario un incremento patrimonial y/o gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración privada de bienes y rentas, éste incremento debe ser “notoriamente superior” al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los

²⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob cit, p. 194.

²¹ Se considera que el enriquecimiento es ilícito porque infringe normas concretas del ordenamiento jurídico en general, aquellas relacionadas con los deberes, obligaciones y responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos

²² GALVEZ VILLAGAS, Tomás Aladino. Ob cit, p. 152.

²³ Ver SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob cit, p. 183.

incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita, lo que permite apreciar la atipicidad de los incrementos mínimos o de poca entidad desde la perspectiva de los ingresos legítimos del funcionario o servidor.

Constituye todo incremento patrimonial del sujeto: incremento de activos, bienes y derechos estimables en dinero, o también en la disminución de los pasivos, gravámenes o deudas del sujeto. En ambos casos, es evidente que se produce una mejora en el balance patrimonial²⁴.

El material probatorio actuado durante el proceso debe poner en evidencia situaciones de asimetría, desproporciones o sencillamente contrastes notables entre la masa de bienes y valores económicos detentados por el agente público durante o después de su acceso al cargo público en relación a los detentados o tenidos después del ingreso al mismo. En los casos que el incremento patrimonial recién se patentice ulteriormente al término o después del ejercicio de la función o empleo, el enriquecimiento deberá estar en vinculación causal con el período de ejercicio funcional²⁵.

Se ha discutido si el objeto material²⁶ vinculado al incremento patrimonial debe delimitarse, por deducción, a partir del artículo 401°-A del Código penal, enmarcado dentro de los delitos de corrupción, que ordena el decomiso de todos los “donativos, dádivas o presentes”, y si podrían estimarse como relevantes sólo los incrementos patrimoniales logrados a través de dichos objetos. Tal interpretación no debería prosperar, no sólo por el argumento formal de la temporalidad, en el sentido de que el artículo 401°-A fue incorporado mediante Decreto Ley N° 25489, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 10 de mayo de 1992, es decir, luego de ponerse en vigor el tipo del artículo 401° del Código penal en abril de 1991, sino también porque el enriquecimiento ilícito puede operar, mediante una disminución del pasivo, entonces difícilmente la condonación de una deuda o el no cobro de ésta hasta que prescriba la acción civil, podrán equipararse a “donativos, dádivas o presentes”²⁷. En consecuencia,

²⁴ IZARNOTEGUI PINASCO, Alfonso. Ob cit, p. 240.

²⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob cit, p. 616.

²⁶ Se critica a la norma porque no indica cuales son los medios de enriquecimiento, no define con claridad que significa aumento de patrimonio o en que debe radicar la ilicitud, con lo que se alejaría ya del principio de determinación o certeza (*nulla poena sine lege certa*) y de ese modo del principio de legalidad que garantiza el artículo 2°.24.d de la Constitución y del artículo II del Código penal.

²⁷ Ver SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob cit, p. 211.

el objeto material debe entenderse en sentido amplio, es decir como todo medio a través del cual pueda lograrse el incremento patrimonial, incluyendo, y como será relevante para efectos de aceptar la sanción del “testaferro”, bienes que no sean de propiedad del funcionario pero sobre los cuales ejerce una relación de poder.

El artículo 401° no exige una conexión causal-temporal entre el momento del enriquecimiento y el ejercicio de las funciones, sino un nexo de imputación jurídico-penal, el incremento patrimonial debe ser objetivamente atribuible al ejercicio de la función pública, ya sea como funcionario o servidor. No está comprendido en el tipo el enriquecimiento anterior aunque se haya motivado en el ulterior desempeño el cargo (por ejemplo, dádivas que se ofrecen al futuro funcionario en atención al cargo que va a desempeñar)²⁸.

La comisión del delito de enriquecimiento ilícito puede presentarse en ejecución inmediata y sin intervalo de tiempo (v. gr. consumir la compra de un inmueble), así como también en acciones de enriquecimiento similares u homogéneas en diversos momentos, pero vinculadas por la misma resolución criminal²⁹.

Cuando la ley habla de “no poder justificar razonablemente”, el significado complejo del término alude a la falta de acreditación de la procedencia del enriquecimiento, ya provenga de una negativa, expresa o implícita (no contestar el requerimiento), ya de la imposibilidad de probar esa procedencia (insuficiencia de justificación); por supuesto que dentro del concepto de justificación debe considerarse comprendida la prueba de la inexistencia del enriquecimiento atribuido. Como se ve, la acción está constituida por la de no probar la procedencia del enriquecimiento, o en no hacerlo suficientemente; lo que la ley de ningún modo exige es que se pruebe el origen lícito del incremento; si nos atenemos a la ubicación del delito y al bien jurídico protegido, veremos que lo que se requiere es que se acredite una causa de enriquecimiento extraña al desempeño de la función; si el funcionario o el ex funcionario prueba que el enriquecimiento proviene de la comisión de un delito ajeno a su desempeño funcional, eventualmente podrá ser condenado por éste último, pero no por el enriquecimiento ilícito³⁰.

²⁸ Ver CREUS, Carlos. *Delitos contra la administración pública*. Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 420.

²⁹ Ver IZARNOTEGUI PINASCO, Alfonso. Ob cit, p. 240.

³⁰ CREUS, Carlos. Ob cit, pp. 418-419.

Se ha señalado en la doctrina peruana, que lo ilícito en el enriquecimiento estriba en la “no justificación” del incremento patrimonial por parte del funcionario, lo que ha conducido en muchos casos a admitir con cierto pacifismo una verdadera “inversión de la carga de la prueba” o una presunción *iuris tantum* de comisión de delito. Más allá de la discusión formal acerca de si la redacción del tipo permite fundamentar tal obligación, ya que ésta no viene impuesta por la legislación administrativa ni por la Constitución, con ello se institucionalizaría no sólo una violación de la presunción de inocencia o un traslado de la carga de la prueba al imputado, sino además una grave violación del *nemo tenetur*³¹.

La garantía de no autoincriminación impide concebir que el ilícito penal se realiza cuando el funcionario requerido renuncia a la “obligación de defenderse”, o no la satisface plenamente porque no logra justificar el origen ilícito de su “incremento patrimonial”. Lejos de ello, debe entenderse que la norma penal reprime el enriquecimiento ilícito, dentro de los márgenes de delimitación derivados de la expresión “incremento patrimonial”, y “no el incremento patrimonial no justificado”³², por otra parte existiría dificultad en aceptar la legitimidad de un delito que radicaría en el incumplimiento de un deber administrativo.

No es posible justificar una obligación legal de justificación sin infringir el principio de no autoincriminación o *nemo tenetur*³³. Aclara al respecto SANCINETTI³⁴ que la garantía de no estar obligado a declarar contra sí mismo no puede burlarse estableciendo que el contenido del hecho punible omisivo se cifra en “no informar sobre ciertos actos previos del imputado”, precisamente aquellos que se quiere prevenir mediante la amenaza penal.

³¹ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob cit, p. 184.

³² Ver FRANCIA ARIAS, Luis y PEÑA CABRERA; Raúl. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Ediciones jurídicas, Lima, 1993, p. 48.

³³ La doctrina procesal penal reconoce que el derecho de defensa implica la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva, derecho que deber entenderse en concordancia con el principio de no autoincriminación, el cual rige precisamente cuando se pretende obligar al imputado “a emitir una declaración que exteriorice un contenido”, de modo que aun “la no declaración no permite inferencias de culpabilidad”

³⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob cit, pp. 148-149.

V. TIPO SUBJETIVO: EL DOLO COMO ELEMENTO DEL TIPO.

El dolo del enriquecimiento ilícito supone voluntad de incrementar el patrimonio ilícitamente, así como conocimiento por parte del sujeto público de la tipicidad de sus actos de aprovechamiento que hace del ejercicio funcional o del prevalimiento de su calidad funcional y del enriquecimiento que está logrando por vías de ilicitud. No es admisible la tesis de que el delito de enriquecimiento exija ánimo de lucro o tendencia interna trascendente, conforme indica GALVEZ VILLEGAS³⁵, pues además de no ser una exigencia del tipo, con ello se estaría restringiendo innecesariamente el ámbito de tipicidad del delito, excluyéndose comportamientos y resultados de enriquecimientos referenciales en la simple conducta dolosa³⁶. Se ha postulado la exclusión de los supuestos del dolo eventual, porque “el funcionario o servidor público debe saber que está incrementando su patrimonio”.

Un problema particular radica en el tratamiento del error sobre el elemento de valoración global “ilicitud” del enriquecimiento y sobre el elemento normativo condición de funcionario público. En el primer caso, por ejemplo, el funcionario cree que es lícito recibir una dádiva de los empresarios que anteriormente favoreció mediante una resolución legal, incrementando así su patrimonio. También puede ocurrir que el sujeto yerre sobre su condición de funcionario, por ejemplo, el ganador de una licitación pública para construir una carretera se enriquece indebidamente creyendo que sigue siendo un mero particular³⁷. Siendo el enriquecimiento ilícito una infracción dolosa, la resolución de estos casos como error de tipo determinará siempre la atipicidad, si es invencible porque se excluye la responsabilidad objetiva, y si es vencible porque no está tipificado el enriquecimiento imprudente. La consecuencia es distinta bajo el régimen del error de prohibición, si éste es vencible, como ocurrirá en la mayoría de los casos, partiendo por ejemplo, de un criterio como la evitabilidad en base a una culpabilidad previa, solo cabrá una atenuación de la pena³⁸.

³⁵ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Ob cit, pp. 155-157.

³⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob cit, p. 623.

³⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob cit, p. 224.

³⁸ Ibidem.

VI. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

La estructura del enriquecimiento ilícito como delito de infracción de deber, bajo la configuración formal de delito especial propio, determina que la condición esencial de la autoría es la vinculación del deber funcional, de forma que autor puede serlo únicamente quien es funcionario o servidor público dentro de los márgenes del artículo 425° del Código penal³⁹ y actúe “en ejercicio de sus funciones”.

Solo puede ser **autor** el *intraneus*, no porque ostente el dominio del hecho, sino porque le compete una obligación específica cuya infracción, deja de lado esa prestación positiva con el bien, ese deber de cuidado especial, solidario e institucionalmente garantizado que deriva de la asunción de la función pública⁴⁰.

Desde esta perspectiva no puede hablarse en estricto de una “coautoría” entre *intranei* sino a lo sumo de una “autoría accesoria”, por ejemplo, dos funcionarios públicos se enriquecen indebidamente de común acuerdo y cada uno presta aportes sin los cuales no hubiera podido alcanzarse el resultado. Aquí el quebrantamiento conjunto del deber da lugar a responsabilidad a título de autor⁴¹.

La figura de la autoría mediata resultaría aquí innecesaria, pues el que infringe el deber especial que le incumbe (*intraneus*) induciendo a otro (*extraneus* o “instrumento doloso no cualificado”) a producir la acción descrita en el tipo ya es autor, directo o inmediato, dado que el deber lo infringe al poner en marcha el suceso que producirá el daño patrimonial⁴². Lo contrario, exigir del *intraneus* que viola el deber, además el dominio del hecho, determinaría que en los delitos especiales propios, como es el caso del enriquecimiento ilícito, tanto el *intraneus* como el *extraneus* resulten

³⁹ **Artículo 425° del Código penal.-** Se consideran funcionarios o 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 aquél que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del 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 la Policía Nacional. 6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

⁴⁰ Idem, p. 229.

⁴¹ Ibidem.

⁴² BACIGALUPO citado por CARO CORIA, Dino Carlos. Ibidem.

impunes; así, la conducta del *extraneus* sería atípica porque carecería del dominio del hecho y, por el principio de accesoriedad limitada como por su vinculación del deber especial, la participación del *intraneus* también sería irrelevante⁴³.

Lo mencionado anteriormente dejaría aún intacta la discusión sobre la responsabilidad del *extraneus*, el cual no podría ser sancionado como autor por su no sujeción al deber, sino únicamente como partícipe, instigador o cómplice, según el caso. Así lo indica ROXIN, al señalar que la participación es “intervención sin infracción del deber especial”⁴⁴.

GALVEZ VILLEGAS⁴⁵ señala como regla general que “si los particulares participan en la obtención del incremento patrimonial ilícito de un funcionario o servidor público, su conducta será igualmente desvalorada por el ordenamiento jurídico penal, y por tanto serán considerados como sujetos activos de este delito, solo que en calidad de partícipes”.

Sin embargo, se ha discutido la posibilidad de plantear, en el terreno de la “determinación judicial de la pena”, una atenuación del marco legal abstracto para el partícipe, atendiendo a su desvinculación de los deberes que fundamentan la punición.

El Código penal peruano vigente no ha normativizado la situación jurídico-penal de los terceros llamados “hombre de paja”, testaferros o personas interpuestas (particulares allegados o extraños pero vinculados con el sujeto activo), quienes por lo general son utilizados o concertados por los sujetos públicos para disimular u ocultar el estado del enriquecimiento logrado por éstos; supuesto de hecho en el que responderán por delito de encubrimiento o receptación según las particularidades del caso⁴⁶. Aquellos supuestos en los que sean familiares de vinculación directa con el sujeto activo del delito, quienes son utilizados para lograr el enriquecimiento ilícito del agente o para disimularlo, deberán ser evaluados caso por caso para descartar comportamiento desprovistos de tipicidad, al hallarse fundados en el principio de confianza y no concurrencia de los elementos de tipicidad subjetiva exigibles a los partícipes⁴⁷.

⁴³ Idem, p. 232.

⁴⁴ ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*. Idemsa, Lima, 1998, p. 363.

⁴⁵ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Ob cit., p. 155.

⁴⁶ Ver ROJAS VARGAS, Fidel. Ob cit., pp. 624-625.

⁴⁷ Idem, p. 625.

VII. LA ILICITUD FORMAL Y LA CARGA DE LA PRUEBA

El enriquecimiento, es decir, enmarcado y ostensible contraste entre lo que se tuvo antes del acceso a la función y lo que se tiene durante o después de ella, constituye el contenido material del delito en estudio, en cambio la ilicitud –en el más amplio sentido, ya sea penal, civil, administrativa, etc.- es el componente formal que integra el delito.

La ilicitud es formal, por cuanto no es objeto de la norma penal el verificar cuáles han sido los bienes jurídicos lesionados o los intereses y valores sociales afectados, tampoco el efectuar una pormenorizada mención de los ilícitos configuradores del proceso de enriquecimiento ilícito⁴⁸, interesa tan solo la ilicitud penal del resultado “incremento patrimonial”, 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.).

El requerimiento al sujeto imputado, en algún momento del proceso penal, de una justificación razonable del incremento de su patrimonio, no es un problema de inversión de la carga probatoria, por cuanto es un deber del sujeto público rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos. Dicho deber de justificar se fundamenta y legitima en la posición de garante asumida por el funcionario y servidor público al ingresar al servicio de la nación, siendo un mandato derivable del enunciado constitucional⁴⁹ que positiviza el hecho que los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación⁵⁰.

Como hemos indicado, la negativa del sujeto activo a justificar en modo alguno debe ser considerada una presunción de culpabilidad o una acreditación del hecho imputado, más allá de las implicancias administrativas o de relevancia penal (diferentes a la figura del artículo 401° del Código penal) que el caso pueda ameritar. La carga de la prueba deberá estar siempre a cuenta del denunciante o de la entidad institucional que es parte en el proceso penal (se entiende Ministerio Público, secundado

⁴⁸ Idem, p. 620.

⁴⁹ El artículo 41° de la Constitución impone el deber del funcionario de efectuar la declaración jurada de rentas y bienes que será una de las pruebas esenciales para una imputación por enriquecimiento ilícito, pero no establece la obligación del funcionario de efectuar una justificación de su posible riqueza ilícita. Tampoco lo hace la Ley N° 27842 de 15 de junio de 2001 que regula la publicación de la declaración jurada de ingresos y rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado, ni su reglamento, el D.S. N° 080-2001-PCM de 8 de julio de 2001.

⁵⁰ Ibidem.

por la labor de las Procuradurías del Estado), asistiéndole por lo mismo al sujeto activo la presunción de inocencia⁵¹.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.

Estamos ante un delito de naturaleza comisiva y de resultado condicionado que se consuma en la medida de que exista un incremento patrimonial significativo y contrastante, el mismo que es resultado de actividades no conformes a derecho en el contexto de la vinculación por razón de una función pública, ya sea durante el período temporal de vigencia del mismo o ulterior a él. En este último caso siempre y cuando exista nexo causal imputable del resultado enriquecimiento con el período de ejercicio funcional.

Como se observa, no es sólo un incremento patrimonial lo que va a consumir el delito, ya que un enriquecimiento no explicado de por sí no es delictivo, tampoco son suficientes las presunciones que al respecto se hagan ni la negativa a justificar del funcionario o servidor. El centro de gravedad delictiva recae en la desproporción económica de origen ilícito poseída por el sujeto público, o en la cancelación-disminución ostensible de pasivos, vinculados ambos a la razón de la función pública que los explica y les da un sentido penalmente relevante. Es no adecuada a nuestra legislación penal la tesis de CREUS sobre la naturaleza omisiva del delito, el cual según tal apreciación tendría su núcleo de ilicitud en la no justificación o en la no justificación suficiente de la procedencia del enriquecimiento⁵². Asimismo, es de considerar no acertada la opinión de ABANTO VASQUEZ para quien el delito se consuma no solamente con el incremento del patrimonio del funcionario sino con el “vencimiento de los plazos para la justificación de tal incremento”, lo cual incorpora un elemento procedimental en el *iter criminis* del delito, que el tipo penal no registra⁵³.

⁵¹ Idem. pp. 620-621.

⁵² Constitucionalmente no existe la obligación de justificación mencionada, no puede fundamentarse que el injusto del enriquecimiento ilícito radica en una omisión que se basa en un deber de garante inexistente. Es más, ni siquiera podría hablarse en estricto de una omisión jurídico-penal, porque el elemento “capacidad de cumplimiento del mandato”, característico de toda omisión, sería reemplazado siempre por una *actio libera in causa*, el comportamiento activo delictivo, que produjo el enriquecimiento. Pero un delito omisivo que sólo se puede penar por la acción anterior libre en la causa, y que presupone siempre que este hecho previo fundamenta la sanción, no describe una omisión sino la acción anterior.

⁵³ Idem, pp. 623-624.

También la admisión de la tentativa en el enriquecimiento ilícito genera controversia en la doctrina nacional. La postura mayoritaria admite la tentativa, incluso cuando el enriquecimiento opera instantáneamente, a través de un solo acto, o ante “incrementos fronterizos con los incrementos significativos”, pero sobre todo si el enriquecimiento se produce a lo largo del tiempo⁵⁴.

La exclusión de las formas de ejecución imperfecta sobre la base de un “deber de justificación” no reconocido jurídicamente, es una fundamentación insuficiente. Tampoco es satisfactorio el recurso a criterios de difícil determinación como “incrementos fronterizos”, antes habría que fijar un límite cuantitativo para delimitar la frontera penal, ello con el consiguiente riesgo de criminalizar como tentativa comportamientos penalmente irrelevantes o donde no existe ya un “enriquecimiento notorio”. Pero estas construcciones y las que estriban en criterios temporales (ejecución instantánea o sucesiva), no deben aceptarse porque entonces se estaría criminalizando la tentativa de un delito de peligro abstracto, lo que cabe rechazar tanto por consideraciones político-criminales, sobre todo porque entonces la lesividad se espiritualiza, como por las dificultades de fundamentar dogmáticamente la punición del peligro abstracto para un bien colectivo.

IX. CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DELITO

El enriquecimiento ilícito es sancionado con una pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código penal. Si el agente es funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio o la acusación constitucional, la pena será no menor de 8 ni mayor de 18 años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código penal⁵⁵.

⁵⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob cit, pp. 248-249.

⁵⁵ **Artículo 36° del Código Penal.**- La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia: (...) 1.- Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; 2.- Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público (...).