

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO



**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

**“MODIFICACION DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO EN EL
CODIGO PENAL PERUANO “**

Área de Investigación:
Derecho Penal

Autora:
Br. Louisiana de las Mercedes Chuica Ubillus

Jurado Evaluador:

Presidente: Ortecho Aguirre, Rocio
Secretario: Rincon Martinez, Angela
Vocal: Albornoz Verde, Miguel

Asesor:
Cruz Vegas, Guillermo Alexander
Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9119-5397>

PIURA– PERÚ2023

Fecha de sustentación: 2023/09/29

MODIFICACIÓN DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

INFORME DE ORIGINALIDAD

7 %	5 %	1 %	4 %
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	Submitted to Universidad Privada Antenor Orrego	2 %
	Trabajo del estudiante	
2	qdoc.tips	1 %
	Fuente de Internet	
3	hdl.handle.net	<1 %
	Fuente de Internet	
4	idoc.pub	<1 %
	Fuente de Internet	
5	Submitted to Universidad Nacional Mayor de San Marcos	<1 %
	Trabajo del estudiante	
6	dspace.unitru.edu.pe	<1 %
	Fuente de Internet	
7	id.scribd.com	<1 %
	Fuente de Internet	
8	archive.org	
	Fuente de Internet	

<1%

9

caj.fiu.edu

Fuente de Internet

<1 %

10

ri.ues.edu.sv

Fuente de Internet

<1 %

11

repositorio.ucp.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

12

vsip.info

Fuente de Internet

<1 %

13

repositorio.amag.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

14

Submitted to Pontificia Universidad Catolica
del Peru

Trabajo del estudiante

<1 %

15

gredos.usal.es

Fuente de Internet

<1 %

16

sired.udenar.edu.co

Fuente de Internet

<1 %

17

edoc.pub

Fuente de Internet

<1 %

18

repositorio.usanpedro.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

19

Submitted to Universidad Peruana Los Andes

Trabajo del estudiante

<1 %

20

www.repositorioacademico.usmp.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

21

doku.pub

Fuente de Internet

<1 %

22

repositorio.uladech.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

23

www.scribd.com

Fuente de Internet

<1 %

24

repositorio.udch.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

25

Fiorenka Jara Pacheco, Luis Alberto Ramírez Tipacti. "El delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales a la luz la teoría del deber y la administración pública", Saber Servir: revista de la Escuela Nacional de Administración Pública, 2021

Publicación

<1 %

26

repositorio.udh.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

27

Submitted to Universidad Catolica Los Angeles de Chimbote

Trabajo del estudiante

<1 %

28

Submitted to Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

Trabajo del estudiante

<1 %

29	blog.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
30	librosderecho.online Fuente de Internet	<1 %
31	tesis.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
32	"The Handbook of Comparative Criminal Law", Walter de Gruyter GmbH, 2010 Publicación	<1 %
33	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 9 (1993)", Brill, 1995 Publicación	<1 %
34	docplayer.es Fuente de Internet	<1 %
35	opac.fmoues.edu.sv Fuente de Internet	<1 %
36	www.congreso.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
37	repositorio.umsa.bo Fuente de Internet	<1 %
38	repositorio.uss.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
39	Nancy Roxana Pérez Azahuanche. "LA CORRUPCIÓN "MENTIRA PÚBLICA O VERDAD"	<1 %

OCULTA", Cadernos de Estudos Sociais e Políticos, 2020

Publicación

<1%

40

pdfcoffee.com

Fuente de Internet

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 1 words

Excluir bibliografía

Activo

Declaración de Originalidad

Yo, Guillermo Alexander Cruz Vegas, docente del Programa de Estudio de Derecho, de la Universidad Privada Antenor Orrego, asesor de la tesis de investigación titulada “MODIFICACION DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO EN EL CODIGO PENAL PERUANO”, autora Louisiana de las Mercedes Chuica Ubillus, dejo constancia de lo siguiente:

- *El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 7%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el (06 de Setiembre del 2023)*
- *He revisado con detalle dicho reporte y la tesis, y no se advierte indicios de plagio.*
- *Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las normas establecidas por la Universidad.*

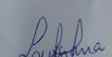
Lugar y fecha: Piura, 11 de Octubre de 2023

Apellidos y nombres del asesor: Cruz Vegas, Guillermo Alexander
DNI:43414679
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9119-5397>
Firma:



Guillermo A. Cruz Vegas

Apellidos y nombres del autor: Louisiana de las Mercedes Chuica Ubillus
DNI: 73196249
Firma:



DEDICATORIA

A mis padres por haberme forjado como La persona que soy en la actualidad, en Especial a mi madre, pues sin ella no lo Habría logrado, tu bendición a diario me Protege y me lleva por el camino del bien. Por eso te ofrezco mi trabajo en gratitud

A tu paciencia y amor.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento se dirige en primer lugar a Dios por guiarme en este largo camino, a mi abuelita por su constante motivación y apoyo, así mismo, un agradecimiento final a mi asesor por ser mi mano derecha y guiarme en este complicado proceso.

RESUMEN

La presente investigación toca uno de los problemas observados y hartamente discutidos en el sistema de administración de justicia al que hemos denominado “MODIFICACIÓN DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO”. Este tema ha sido objeto de debate por connotados doctrinarios y operadores de justicia en nuestro medio; el presente trabajo se centra en determinar de qué manera debe modificarse el artículo 401 del código penal peruano que tipifica el delito de enriquecimiento ilícito.

Los métodos usados en esta investigación obedecen a métodos lógicos, siguiendo un análisis deductivo, analítico – sintético y comparativo, también hemos recurrido a los métodos jurídicos en los cuales nos permiten interpretar hermenéuticamente el código penal. A la vez que mediante el método doctrinario seleccionamos las posturas que se ajusten a nuestras posturas, en esta línea sigue el método dialéctico y el método de análisis económico.

Los resultados de nuestra investigación se presentan a modo de conclusiones donde finalmente expresamos que: debe modificarse el artículo 401 del código penal peruano que tipifica el delito de enriquecimiento ilícito, de manera que incorpore: que el incremento sea significativamente excesivo; que se dé durante el ejercicio de sus funciones o por razón de su cargo, que no pueda ser justificado de forma razonable por parte del sujeto activo; y, que regule expresamente su carácter subsidiario.

Palabras clave: delitos contra la administración pública, enriquecimiento ilícito, rehabilitación, modificación.

ABSTRACT

The present investigation touches on one of the problems observed and widely discussed in the justice administration system, which we have called "MODIFICATION OF THE CRIME OF ILLICIT ENRICHMENT IN THE PERUVIAN

CRIMINAL CODE." This issue has been the subject of debate by notorious doctrinaires and justice operators in our midst; This work focuses on determining how article 401 of the Peruvian penal code, which defines the crime of illicit enrichment, should be modified.

The methods used in this research obey logical methods, following a deductive, analytical - synthetic and comparative analysis, we have also resorted to legal methods in which they allow us to interpret the penal code hermeneutically. At the same time that by means of the doctrinal method we select the positions that adjust to our positions, in this line follows the dialectical method and the method of economic analysis.

The results of our research are presented as conclusions where we finally state that: Article 401 of the Peruvian penal code, which defines the crime of illicit enrichment, should be modified, so that it incorporates: that the increase is significantly excessive; that occurs during the exercise of their functions or by reason of their position, which cannot be reasonably justified by the active subject; and, that it expressly regulates its subsidiary nature.

Keywords: crimes against public administration, illicit enrichment, rehabilitation, modification.

PRESENTACIÓN

Señores Miembros del Jurado:

De conformidad con lo establecido en el Reglamento de Grados y Títulos; y a efecto de optar el título profesional de abogado, someto a vuestra la presente tesis titulada: **“Modificación del delito de enriquecimiento ilícito en el Código Penal Peruano”**

Mediante el presente trabajo de investigación lo que se busca es poner en manifiesto un tema relevantemente discutido en doctrina y jurisprudencia nacional, asimismo ha sido objeto de debate por connotados doctrinarios y operadores de justicia en nuestro medio; el estudio se centra en determinar la manera que debe modificarse el artículo 401 del código penal peruano que tipifica el delito de enriquecimiento ilícito.

Nuestra investigación está orientada a establecer los fundamentos que avalen nuestra postura, además de formular una propuesta de modificación de los dispositivos normativos que regulan el tema antes mencionado.

Así mismo, apelo a su comprensión por los errores que pueda contener el presente trabajo; sin embargo, con gran espíritu crítico e investigador proponemos nuestro punto de vista, con lo que espero aportar de alguna forma sobre esta discutida materia.

Espero que el presente trabajo de investigación satisfaga vuestras expectativas.

Tabla de contenido

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO	ii
RESUMEN	iii
ABSTRACT	iv
I. INTRODUCCIÓN	10
1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	10
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA	16
1.3. HIPÓTESIS	16
1.4. JUSTIFICACIÓN	16
1.5. OBJETIVOS	16
1.5.1. Objetivo General:	16
1.5.2. Objetivo Específicos:	17
1.6. VARIABLES	17
1.6.1. Variable independiente.	17
1.6.2. Variable dependiente.	17
II. MARCO DE REFERENCIA	18
2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO	18
2.1.1. Antecedentes a nivel internacional	18
2.1.2. Antecedentes a nivel nacional	19
2.1.3. Antecedentes a nivel local	19
2.2. MARCO TEORÍCO	21
CAPÍTULO I	21
LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER	21
A. De los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber. 21	
1. Los delitos de dominio	21
1.1. Definición	21
1.2. La teoría de dominio del hecho	22
1.3. La autoría en los delitos de dominio	23
1.4. La participación en los delitos de dominio	26

2.	La teoría de infracción de deber	28
2.1.	Concepto de Roxin	28
2.2.	Concepto de Jakobs	30
2.3.	Las instituciones positivas	33
2.4.	La intervención delictiva en los delitos de infracción de deber ³⁴	
2.5.	Breve distinción entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber	37
3.	Los delitos contra la administración pública	38
3.1.	El concepto de funcionario público	38
3.1.1.	En el derecho administrativo	38
3.1.2.	En el derecho penal	39
3.2.	El concepto anticipado de funcionamiento público	40
3.3.	El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública	41
3.4.	La prescripción en los delitos contra la administración pública ⁴²	
3.5.	Las penas en los delitos contra la administración pública	46
3.5.1.	Privativas de la libertad	46
3.5.2.	Limitativas de derechos	47
3.5.3.	Multas	49
CAPÍTULO II		50
FUNDAMENTOS, ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y DERECHO COMPARADO		50
A.	Fundamento constitucional del delito de enriquecimiento ilícito:	50
B.	Fundamento criminológico y de política criminal que sustenta en delito de enriquecimiento ilícito	54
C.	Análisis del tipo penal de enriquecimiento ilícito	56
1.	Antecedentes legislativos	56
2.	Análisis del tipo penal	60
2.1.	Tipicidad objetiva	60
a)	Sujetos:	60
1)	Sujeto activo	60
2)	Sujeto pasivo	64
b)	Conducta típica	65
c)	El elemento “incremento patrimonial respecto de los ingresos legítimos	65

d) Elemento “abuso de cargo”	67
e) El elemento típico “incremento ilícito del patrimonio respecto de los ingresos legítimos.	68
f) El elemento típico “incremento ilícito del gasto económico personal ...	69
g) El agravante: la condición del agente. Segundo párrafo.	71
2.2. Tipicidad subjetiva	72
2.3. Penalidad	72
3. Derecho comparado: el delito de enriquecimiento ilícito desde legislación comparada.....	73
3.1. Argentina	73
3.2. Colombia.....	74
3.3. Costa Rica	74
3.4. Ecuador	75
3.5. Chile	75
3.6. El Salvador	76
3.7. México	76
3.8. Paraguay	77
3.9. Venezuela	77
CAPÍTULO III.....	¡Error! Marcador no definido.
ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS EN TORNO AL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO; PROPUESTA NORMATIVA	82
A. Regulación expresa de su carácter subsidiario	82
B. La entidad del incremento como elemento típico.....	88
C. El cuestionable elemento típico: “abusando de su cargo”	92
D. La indebida “inversión de la carga de la prueba”	97
III. METODOLOGÍA EMPLEADA	78
3.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	78
3.1.1. Por su finalidad.....	78
3.1.2. Por su alcance.....	78
3.2. POBLACION Y MUESTRA DE ESTUDIO.....	78
3.2.1. Población.....	78
3.2.2. Muestra	78
3.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	79
3.4. MÉTODOS	79
3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	80
3.5.1. Técnicas.....	80

3.5.1.1.	Análisis bibliográfico	80
3.5.1.2.	Análisis de documentos	80
3.5.2.	Instrumentos	80
3.5.2.1.	Fichas bibliográficas	80
3.5.2.2.	Guía de análisis de documentos	80
3.6.	PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS	81
IV.	PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	¡Error! Marcador no definido.
4.1.	ANÁLISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS	¡Error! Marcador no definido.
V.	DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS	¡Error! Marcador no definido.
	CONCLUSIONES	101
	Referencias	104

I. INTRODUCCIÓN

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Dentro de los delitos contra la administración pública que nuestro código penal contiene, podemos hacer la distinción entre aquellos que son cometidos por particulares, y los que tiene como sujetos activos a los funcionarios o servidores públicos, en este último caso, estamos frente a los delitos de infracción de deber, es decir, aquellos conductas típicas en las que solo pueden ser autores quienes ostenta esta cualidad específica y tienen la obligación de protección de los bienes públicos y el correcto funcionamiento de la administración pública, (Acuerdo Plenario N| 02- 2011 116/CJ). Esos delitos van desde el abuso de autoridad del artículo 376, del Código Penal hasta el artículo 401 del mismo cuerpo legal sustantivo que se denomina enriquecimiento ilícito.

Es sobre el último de los tipos penales mencionados sobre el que recaerá el objetode la presente investigación: el enriquecimiento ilícito. Este delito, se encuentra regulado, como se dijo anteriormente, en el artículo 401 del código penal y su fórmula típica se enuncia de la siguiente forma:

*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.*

Esta descripción típica fue adoptada, por el legislador nacional luego de varias modificaciones, siendo la última, aquella que se realizó en el año 2016 mediante el decreto legislativo 1243. Este delito, tiene como

característica a nivel del derecho comparado, estar tipificado no solo en el continente americano sino además en Europa. El análisis de este tipo penal importa necesariamente el desarrollo de varias aristas problemáticas, y que considero deben ser esclarecidas, no solo a nivel jurisprudencial o en el ámbito de la doctrina, sino, sobre todo, a partir de reformas de *lege ferenda*.

Un primer punto del análisis de este tipo penal, es su carácter subsidiario, esto es, es un delito residual que debe ser aplicado para las acciones humanas que no sean abarcadas por los supuestos típicos regulados para otros delitos (Abanto, 2001). La subsidiaridad opera, justamente, para evitar que, por insuficiencia o falta de elementos de prueba de los hechos por otro delito contra la Administración Pública, pero donde haya aumento del patrimonio del agente no justificado de un funcionario por el ejercicio del cargo ya sea de forma directa o indirecta, pueda quedar impune (Hugo, 2000). En suma, como afirma Prado (1996), el enriquecimiento ilícito no debe provenir de la comisión de otro delito funcional como cohecho pasivo, peculado o colusión entre otros. El mismo autor señala que, este tipo penal solo se aplica cuando en la medida que no se haya verificado la comisión de otro delito contra la Administración Pública. Su naturaleza subsidiaria, entonces, hace que este tipo penal solo sea aplicable a falta de otro tipo penal de carácter principal que constituya un delito contra la Administración Pública (Caro, 2002).

Sobre esta temática es importante señalar que a pesar de que la doctrina es casi unánime en defender el carácter subsidiario de este delito, nuestra jurisprudencia a nivel de Corte Suprema, parece no haberlo entendido, pues basta recordar el caso del ex Congresista Luis

Alberto Emilio Kouri Bumachar en la que se condenó utilizando el concurso ideal por los delitos de cohecho pasivo propio y enriquecimiento; a pesar de que el Juez supremo Instructor. En este caso, se condenó por el delito principal (cohecho pasivo) en concurso con el residual(enriquecimiento ilícito), aun cuando ello constituye una calificación incorrecta, pues al verificarse la existencia de otro delito contra la administración pública, no puede existir un concurso de delitos sino más bien un concurso aparente de tipos penales. Esta última tesis (la de tesis la del concurso aparente) se resuelve por especialidad sancionado solamente por el delito de cohecho.

Sostenemos entonces que para evitar situaciones como la descrita en el párrafo anterior y evitar la vulneración de los principios de legalidad y de non bis in ídem, es imperiosa la necesidad de establecer expresamente en el tipo penal el carácter residual del delito de enriquecimiento ilícito, ya que regularmente la subsidiariedad goza de definición legal expresa, cuando naturalmente la norma así lo dispone, así por ejemplo, es de verse el artículo 438 de nuestro código penal respecto del delito de falsedad genérica. De ahí que es necesario apelar a fórmulas como las que nos propone el derecho comparado, utilizando expresamente descripciones legislativas que expresamente establezcan la relación de subsidiariedad, tales como: Colombia quien utiliza la expresión: “siempre que el hecho no constituya otro delito”; Puerto Rico, que se decanta por la descripción: “sin incurrir en algunos de los delitos de este capítulo”; o Panamá, que señala “sin incurrir en un delito más severamente castigado” (Rojas, 2007).

Otro aspecto que no puede escapar al análisis es que, es correcto como afirma Peña Cabrea Freyre (2017) y Rojas Vargas (2007), que este tipo penal presenta una regulación típica insuficiente, pues no describe conducta alguna ni aporta mayores elementos de tipicidad o antijuridicidad sino que contiene más una situación antes que una

conducta, atentando contra el principio de legalidad en su manifestación de *lex certa*; es en este sentido que se debe analizar el tipo y en ese sentido proponer algunas reformas:

Así pues, es necesario analizar la característica que debe tener cuantitativamente el enriquecimiento, estos son, si basta un mero incremento o si este monto debe ser importante en términos económicos; al respecto, por ejemplo, podemos citar lo que sucede en el código penal argentino en su artículo 268, que señala como elemento del tipo penal que este incremento injustificado e ilícito en el patrimonio debe ser “apreciable”. En el Perú, si bien es cierto, se ha señalado en el tercer párrafo del artículo 401 del Código Penal que: “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 sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”. No señala como un elemento del tipo penal, que el incremento sea considerable o apreciable, sino que se limita a brindarnos una suerte de parámetro de indicador indiciario de cuándo podríamos presuntamente estar frente a un enriquecimiento ilícito. No es más que una consideración de un indicio de comisión del delito, indicador que tiene que ver más con una regla de la lógica o máxima de la experiencia, partiendo de un dato real para llegar a una inferencia, una forma de razonamiento indiciario como guía para un caso concreto, poder determinar si hay o no enriquecimiento ilícito, más no, se ha expresado de forma clara y en función al principio de legalidad en su manifestación de *lex certa*, que el incremento patrimonial del funcionario o servidor deba ser trascendente en términos cuantificables.

Otro aspecto importante en cuanto a la configuración de este delito es

la exigencia, que en el Perú, se hace al elemento típico “abusando de su cargo”, es decir, lo que se debe determinar aquí es; si es necesario que se deban demostrar los actos funcionariales que han constituido el abuso del cargo o función y que estos han permitido un incremento ilícito del patrimonio del funcionario, o es suficiente solamente acreditar como dice la doctrina, que se deben comprobar actos paulatinos o secuenciales durante la vigencia del cargo que desempeñe en funcionario, es decir, el enriquecimiento durante el tiempo que ejerció la función pública (Montoya, 2012). Al respecto la casación 782-2015 Santa y la casación 343-2012, señalan que no ha variado el núcleo esencial de la figura típica a pesar de haberse producido cambios o modificaciones a lo largo del tiempo, y en ese sentido, señalan que apelando a una interpretación histórica la norma al establecer “abusando de su cargo”, lo que quiere referir es indicar la alocución “por razón de su cargo”, es decir, que este debe ser entendido a la existencia del vínculo funcional que debe existir al momento o durante los actos de enriquecimiento.

Desde mi óptica, esta interpretación histórica y teleológica que hace la Corte Suprema resulta peligrosa, pues, podemos encontrar un argumento de defensa que descansa en la relevancia e importancia en sumo grado del principio de legalidad en el derecho penal, por tanto pudiera ser un eventual caso, que la defensa sostenga que el fiscal no acreditó cuales eran los actos de “abuso de cargo” que originaron el incremento patrimonial, lo cual, por lo menos en forma potencial, podría ser acogido por el juzgador, trayendo como consecuencia sobreseimientos o absoluciones que pueden resultar perjudiciales de cara a la lucha contra la corrupción de funcionarios, por lo que es necesario, en ese sentido, una modificación legal que deseche la interpretación del “abuso de cargo”.

Por último, como señala la casación 953-2017 Lima, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al funcionario el deber de acreditar que ese incremento desmesurado, ha tenido una causa justificada lícita. Para algunos, esto atenta contra la obligación del fiscal penal de acreditar los hechos mientras el acusado goza del principio de presunción de inocencia, es por ello que, para evitar interpretaciones en ese sentido, esta inversión del deber de probanza en este delito debería regularse expresamente, cuando haya un incremento relevante, que es el que se debe exigir en la configuración de este delito.

Estos aspectos, como el del exceso significativo del incremento del patrimonio del funcionario o servidor público, el que se da en el ejercicio de sus funciones y no como abuso de su cargo, y que sea el sujeto agente quien debe justificar la legitimidad de sus ingresos, son elementos que deben formar parte de la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito, en ese sentido considero que, la fórmula típica que debe utilizar debiera ser la que se usa en el marco de la Convención interamericana contra la corrupción (CICC), que en su artículo IX prevé la figura del enriquecimiento ilícito en los siguientes términos: "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". En ese sentido, el artículo 401 debería dejar claro esos elementos: a) la existencia de un incremento patrimonial del funcionario o servidor público, b) que el incremento sea significativamente excesivo, c) que ese incremento de su patrimonio sea excesivo en función de sus ingresos legítimos, d) que se dé durante el ejercicio de sus funciones, o por razón de su cargo, e) que no pueda ser justificado de forma razonable por parte del sujeto activo.

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿De qué manera debe modificarse el artículo 401 del Código Penal Peruano que tipifica el delito de enriquecimiento ilícito?

1.3. HIPÓTESIS

Debe modificarse el artículo 401 del código penal peruano que tipifica el delito de enriquecimiento ilícito, de manera que incorpore: que el incremento sea significativo; que se dé durante el ejercicio de sus funciones o por razón de su cargo, que no pueda ser justificado de forma razonable por parte del sujeto activo; y, que regule expresamente su carácter subsidiario.

1.4. JUSTIFICACIÓN

La investigación se encuentra justificada, desde el punto de vista teórico, en que este tipo penal a lo largo de su existencia ha sido objeto de distintos cuestionamientos en función de los principios de fundamentales del derecho penal, por lo que es necesario de cara una correcta punición de atentados contra la administración pública subsanar aquellos aspectos a partir de criterios que permitan una adecuada impartición de justicia teniendo en cuenta el principio de predictibilidad de resoluciones judiciales y sobre todo la seguridad jurídica en la resolución de casos que involucren investigación por el delito de enriquecimiento ilícito en el país. En lo que concierne a la justificación metodológica, esta investigación se justifica pues, los conocimientos jurídicos que se puedan conseguir con la presente investigación sirvan para investigaciones futuras.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. Objetivo General:

Determinar la manera que debe modificarse el artículo 401 del código penal peruano que tipifica el delito de enriquecimiento ilícito.

1.5.2. Objetivo Específicos:

1. Establecer los alcances de los delitos contra la administración pública como delitos de infracción de deber.
2. •Señalar el contenido del delito de enriquecimiento ilícito: sus fundamentos constitucionales, de política criminal el análisis típico y derecho comparado.
3. Explicar los fundamentos jurídicos que sustentan su reforma proponiendo una nueva fórmula típica

1.6. VARIABLES

1.6.1. Variable independiente.

Enriquecimiento ilícito

1.6.2. Variable dependiente

Modificaciones típicas

II. MARCO DE REFERENCIA

2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO

2.1.1. Antecedentes a nivel internacional

- (Díaz Restrepo, 2017), realizaron su investigación denominada “El enriquecimiento ilícito de servidores públicos”, Tesis para obtener el Grado Académico de Doctor en Derecho, por la Universidad de Alcalá - España, en la que finaliza: “El fenómeno de la corrupción dentro de los órganos que hacen parte de la estructura del Estado es uno de los factores que más limitan el desarrollo de un país. Como respuesta a esta problemática, en diferentes ordenamientos se ha implementado el tipo penal de "enriquecimiento ilícito de servidor público". Sin embargo, este tipo penal ha sido objeto de varias críticas, dentro del marco de la dogmática penal garantista, puesto que, según algunos autores, este tipo penal está pensado de manera inquisitiva y alejada del respeto de los derechos fundamentales que le asisten al procesado”.
- (Castro Mendoza, Romero Guzgán, & González Montoya, 2021), realizaron su investigación, para optar el Grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, por la Universidad de El Salvador, en la que arriba a la siguiente conclusión: “El delito de enriquecimiento ilícito se caracteriza por ser de naturaleza subsidiario, es decir, que de conformidad a su estructura carece de la descripción típica en razón de lo anterior es que se considera que se origina este tipo penal, contra los delitos de la administración pública realizados por funcionarios y empleados públicos, para que dicha conducta no quede impune ante la falta de pruebas; por consiguiente el delito de enriquecimiento ilícito se aplicará en aquellos casos cuando el funcionario o servidor público se le ha podido demostrar el aumento patrimonial sin cusa de justificación tal cual lo establece el Artículo 333 del código penal específicamente al concurrir el verbo rector:

“Obtuviera incremento patrimonial no justificado”; aunque no se le haya podido probar que ha cometido delito contra la administración”.

2.1.2. Antecedentes a nivel nacional

- (Alas Rojas, 2018), investigo “El enriquecimiento ilícito de particulares y su tipificación como delito autónomo en el Perú”, Tesis para optar el Grado Académico de Maestra en Derecho en Ciencias Penales, por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo – Lambayeque, en la que arriba a la siguiente conclusión: “En nuestro país no se halla contemplada la figura del delito de Enriquecimiento Ilícito de Particulares, sino únicamente el delito de Enriquecimiento de Funcionarios Públicos, y si bien el fundamento de justificación de ambos no coinciden esto es el orden económico-social de un lado y la protección de la correcta función pública del otro, en ambos se advierten semejanzas, tal como lo es el hecho sancionable es decir el incremento o desbalance patrimonial y que dicho incremento o desbalance no pueda ser justificado por quien lo ostenta”.

2.1.3. Antecedentes a nivel local

- (Oliva Ramos, 2021), investigo “Teoría de la infracción de deber y la no impunidad del extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito en el Perú”, Tesis para optar el Grado de Maestro en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas, por la Universidad Nacional de Trujillo, en la que concluye: “la homologación entre tipos penales, que podría devenir en: lagunas de punibilidad e, incluso a escenarios de injusticias. Entonces, si la participación del extraneus en calidad de cómplice, en los delitos de infracción del deber, estaría enmarcada por el título de imputación, entonces la conducta desplegada por quienes intervienen en el evento delictivo, también debe estar encuadrada en el mismo nomen iuris delictivo, pues, se debe tener en cuenta que la complicidad, como tal,

carece de autonomía típica propia o estructura delictiva, que difiera, a la cometida por quién tenga la calidad de autor del hecho punible, es así que, los argumentos esbozados de que la conducta de quién tenga la calidad de calidad de cómplice este encuadrada en un delito común y autónomo, carecen de consistencia asimismo, trae consigo la afectación al título de imputación y la vulneración del principio de accesoriedad limitada vigente”

2.2. MARCO TEORÍCO

CAPÍTULO I LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

A. De los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber.

1. Los delitos de dominio.

1.1. Definición

Como ha señalado la doctrina nacional, entre ellos el profesor José Antonio Caro John, existen delitos de dominio, a los que algún sector de la doctrina, les denomina delitos comunes, es decir, aquellos que se verifican cuando la ley no exige una cualidad especial para ser autor de estas conductas punibles. Anota el referido maestro, que en los delitos de dominio se lesiona como sostenía Hegel el deber genérico de “no dañar”, esto es, aquella obligación que pesa de forma general sobre todos los ciudadanos, sin necesidad que estos hayan sido encargados con un especial rol por parte del Estado y la ley.

Definitivamente, lo que nos ocupa en esta investigación, es decir, los delitos contra la administración pública, no pueden ingresar bajo la esfera de la denominación de delitos de dominio, pues sobre el funcionario público, nos dice Polaino (2020), no solo pesa el deber genérico de no dañar, sino que su especial investidura y la trasmisión del deber por parte de la ley y la Constitución de defender los intereses del Estado, hacen que este sea detentador de un delito un “rol o deber específico” que no lo posee cualquier persona.

En la línea de lo dicho, los delitos contra la administración

pública, cometidos por funcionarios o servidores públicos no son delitos de dominio, como si lo serían por citar algunos: el hurto, el robo, la estafa, la violación sexual, el homicidio simple, entre otros (Castillo Alva, 2008). Es por ello, que como apunta Roxin (1997), “en los delitos especiales como lo constituyen la mayor parte de los delitos contra la administración pública, se tiene como criterio para la determinación o delimitación de la autoría y participación, la teoría de los delitos de infracción de deber formulada desde la óptica de Roxin”. (Roxin C. , 1997)

1.2. La teoría de dominio del hecho

Un punto de distinción, nos dice el profesor español Polaino (2020), para poder saber si estamos frente a un delito de infracción de deber, como lo es el delito de enriquecimiento ilícito, que es objeto de nuestra investigación, o si por el contrario, se ha vulnerado el deber genérico de no dañar, es que, las formas de intervención delictiva y de participación varían según se trate de uno u otro, así pues, para los delitos de dominio, la explicación del título de imputación de quienes intervienen en un delito de dominio, se explica a partir de la teoría del “dominio del hecho”.

Así las cosas, como se ha señalado Villa Stein (2010) conforme a la teoría del dominio del hecho, es el autor quien domina el evento que lleva a la realización del delito, en tanto que, si bien el partícipe interviene e influye en la comisión del suceso criminal, carece del dominio del hecho, la contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito. (Roxin C. , 1997)

Es más, fue el mismo profesor Alemán Claus Roxin fue quien propuso la teoría de dominio del hecho, haciéndola florecer a tal grado de que, por unanimidad, se reconoce como teoría dominante de la autoría y la participación, pues “ni una teoría puramente objetiva ni otra puramente subjetiva resultan, pues, apropiadas para fundamentar de forma convincente la esencia de la autoría y, al mismo tiempo, para delimitar acertadamente entre sí autoría y participación” (García Caveró, 2008).

De esta forma, añade García Caveró (2008), Roxin superó esta controversia, redefiniendo el concepto de acción típica sobre la base de la dirección final del suceso. (Bacigalupo, 2004), según este criterio, será considerado autor quien ostente el dominio del hecho, quien a su vez, según Roxin, es considerado como la figura central en la realización de la acción ejecutiva típica, quien domina el acontecer que conduce a la realización del ilícito, mientras que los partícipes, sin bien ejercen igualmente influencia en el acontecer, sin embargo no configuran de manera decisiva o determinante su ejecución (Roxin C. , 2016) Así, en los delitos de dominio, o delitos comunes, que pueden ser cometidos por cualquiera, como el hurto, homicidio, lesiones, etc. será considerado la figura central del suceso quien por sí solo, o con otros ostente el dominio del hecho.

1.3. La autoría en los delitos de dominio

La clásica concepción de la que partió nuestro código penal para diferenciar al autor del partícipe, a partir de la teoría del dominio del hecho como se ha señalado ut supra, tiene sentido, en los delitos de dominio, y no en los delitos de

infracción de deber, donde, por ejemplo, no se puede hablar de coautoría o autoría mediata;; sin embargo, los delitos de dominio, Roxin, distingue tres formas de autoría, que se materializan a través del dominio sobre la acción, el dominio sobre la voluntad y el dominio del hecho funcional, en todos los supuestos imaginables tienen el dominio del hecho.

Como primera forma, distingue el profesor Alemán, “al dominio de la voluntad”, (Roxin C. , 2016) explicando que: “quien para cometer un delito tiene el dominio sobre la voluntad de alguien, aquel que tuvo el dominio sobre la voluntad del otro es apreciado como autor mediato, atendiendo a que ocupó al otro para la comisión del hecho prohibido” y, respecto al dominio del hecho funcional” (Roxin C. , 2016) señala que: “ lo peculiar de la coautoría estriba precisamente en que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás, para Roxin, las tres formas de aparición de la autoría, son solo distintas manifestaciones de la figura central de la acción de ejecución”.

Además de lo dicho, y conforme aprecia el profesor Günter Jakobs, respecto a los tipos de autoría en los delitos de dominio, en primer lugar, refiriéndose a la autoría directa señala que “Autor es siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir, quien ejecuta de propia mano la acción actica dolosamente y sin sufrir error y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito” (Jakobs G. , 2010) en segundo lugar, respecto a la coautoría Jakobs (1998), señala que: La coautoría concurre cuando, según el plan de los

intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución. En tercer lugar, respecto a la comisión por medio de otro o autoría mediata, (Jakobs G. , 2010) señala que: Lo característico de la autoría mediata es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio de la decisión, quiere decir: al instrumento se le dificulta evitar la realización del tipo de un delito doloso de un modo que excluye la imputación, y de este dificultar es responsable el autor mediato. (Roxin C. , 2016).

Cabe destacar, además, para ampliar la explicación de la intervención en los delitos de dominio que, la doctrina mayoritaria ha clasificado los diversos conceptos de autoría en tres grupos que son: el concepto de autor unitario, el concepto extensivo de autor y el concepto restrictivo de la autoría, los cuales se desarrollan a continuación:

- **El concepto unitario de autor:** cabría la posibilidad de hacer alguna distinción entre autoría y participación, ello debido a que el Von Litz, tuvo como fundamento la *teoría de la conditio sine qua non*. Según el concepto unitario de autor, no es posible conveniente distinguir entre la autoría de un delito y su participación en el mismo. Toda intervención causal en el delito debería ser considerada, por tanto, una intervención de autoría. De acuerdo con esta clase de concepto de autor, la determinación de la responsabilidad penal de cada interviniente en el hecho debería realizarse con independencia de las intervenciones de los restantes sujetos.

- **El concepto extensivo de autor:** El concepto extensivo de autor y el concepto unitario de autor, comparten criterios básicos que las cimientan, es por ello que, un sector de la doctrina considera que existe un concepto extensivo de autor en sentido amplio y otro en sentido estricto; en ese orden de ideas consideran que el concepto unitario de autor, se encuentra incorporado dentro del primero, y en virtud a ello, no sería correcto confundir ambos conceptos (Gomez, 2006) .
- **El concepto restrictivo de autor:** Como ya se vio con anterioridad, en relación al concepto unitario y extensivo de autor, se ha podido determinar que, ambas posiciones son inidóneas, para afectos de determinar la autoría y la participación, especialmente en los delitos especiales; motivo por el cual se hace necesaria mantener posición de un concepto restrictivo de autor, especialmente en referencia a la codelincuencia en los delitos especiales, tal es el caso del instrumento doloso no cualificado, en ese sentido pasaremos a exponer las principales teorías, que se ha desarrollado en base al criterio restrictivo de autoría. (Gomez, 2006)

1.4. La participación en los delitos de dominio

Habiéndose hecho mencion sobre que en los delitos de dominio, será autor quien ostente el señorío del curso causal declitivo, como señala la doctrina penal clásica, y que quienes, no tengan ese poder de decision sobre el desarrollo de la ejecucion de la doctrina punible, no pódría

ser autor, además de entender que en los casos de delitos de dominio, se admite una clasificación en nuestro Código Penal de varias formas de autoría, la directa, la coautoría y la mediata, en relación si se domina el hecho, se codifica el hecho o se domina la voluntad, es necesario echar un rápido vistazo a la participación y su desarrollo en los delitos de dominio.

Así pues, conforme a lo ya señalado, según la teoría de dominio, aplicable a los delitos comunes o de dominio, donde no hay un deber específico que pesa sobre el autor, sino un deber asignado a todos: “el de no dañar”, es necesario precisar que, el partícipe, conforme esta teoría, es todo aquel que interviene en el ilícito sin ser autor, debido a su actuación dentro de su ámbito de organización, su aporte en el hecho es atenuado, pues no tiene el dominio del hecho, o no ostenta los requisitos de la autoría de acuerdo a la naturaleza del delito, el fundamento del injusto de la participación, se deriva del fundamento de la responsabilidad del autor, sin embargo el fundamento de la responsabilidad del partícipe se determina de modo distinto al de la autoría (Jakobs G. , 1997). “La participación es un ataque autónomo al bien jurídico mediante colaboración dolosa no constitutiva de autoría en un hecho típicamente antijurídico cometido con dolo típico” (Roxin C. , 2016)

Que da claro, que la teoría del dominio del hecho explica la intervención, como se ha señalado precedentemente, solución que no se podría aplicar a los delitos de “infracción de deber”, ya que en estos delitos, la forma externa de intervención es indiferente; basta cualquier “causar” de la

índole que sea, de manera que, en lo que se refiere a la irrelevancia de las formas externas de conducta, cabe advertir una concordancia con el concepto extensivo de autor. El fundamento de punición reside aquí, como en todos los demás tipos en la lesión del bien jurídico, si fuera de otro modo no podría haber en absoluto participes no cualificados. Al concepto de autor de los delitos de infracción de deber, obtenido primariamente del análisis del tipo, le sigue secundariamente una concepción de la participación que se desvincula totalmente de los conceptos de subordinación de la voluntad y del dominio del hecho.

Como datos esenciales de la distinción, de ambas formas de delitos, en lo relacionado a la participación delictiva, es preciso anotar que, perfectamente posible la participación en hechos principales no dolosos, porque aquí no es el dolo, sino el deber el elemento distintivo determinante entre autoría y participación (Roxin C. , 2016). Asimismo, “en los delitos de infracción de deber no se hace la distinción entre complicidad primaria y complicidad secundaria como en la teoría del dominio del hecho” (Salinas Siccha, 2018)

2. La teoría de infracción de deber

2.1. Concepto de Roxin

A diferencia de lo que se ha señalado en los delitos de dominio, donde sobre cualquier ciudadano pesa el deber genérico de no dañar, en la teoría de los delitos de “infracción de deber”, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la “infracción del deber”. Ejemplo de ellos son la mayoría de delitos que se tipifican en nuestro Código Penal con el título de “delitos contra la administración

pública", en los cuales autores aquel sujeto que ha infringido un deber especial que, obviamente, no le alcanza a todas las personas. La figura central del evento delictivo en el que intervienen varias personas será quien lesione el deber especial previsto en el tipo penal y, de esa forma, contribuye al resultado por acción u omisión.

De ahí, que lo que se estableció en líneas arriba, sobre la determinación de la intervención delictiva, bajo los alcances de la teoría del dominio del hecho, no permitiría un adecuado establecimiento sobre la participación y autoría de quienes ostentan un específico deber positivizado, tal es así que, el propio Roxin considera que el dominio del hecho no bastaría para determinar la autoría en todos los delitos (Gomez, 2006). Según Roxin, aparte de los delitos de propia mano, era necesaria realizar una distinción entre dos tipos de delitos, estos son, los delitos comunes o de dominio y los especiales o de infracción de deber. Se debe tener en cuenta que en un primer momento Roxin consideró dentro del grupo de delitos especiales a los delitos culposos, los delitos de omisión, los delitos de propia mano y los delitos de deber. En los delitos comunes, la fundamentación de la autoría, se realiza a través, del criterio del dominio del hecho, y la ausencia de ésta determina, la inexistencia de una conducta de participación; mientras que, en los delitos de infracción de deber, el criterio del dominio del hecho resulta siendo inoperativo; siendo el criterio a tomar en cuenta, la lesión de un deber específico extrapenal. (Reaño, 2014).

En suma y con razón sobrada explica el profesor Pariona, al precisar que estos dos criterios que fundamentan la autoría, son para Roxin, completamente autónomos entre sí; el criterio del dominio del hecho, resultaría de las singularidades del curso concreto del suceso. Por el contrario, en los delitos infracción de deber, la “fenomenalización” externa que manifieste la intervención resulta siendo irrelevante; por esta razón, al igual que en los delitos de dominio, el único criterio que debiera ser aplicado sería el dominio del hecho, en los delitos de infracción de deber, el único criterio aplicable viene a ser la infracción de un deber jurídico extrapenal (Gomez, 2006). Ese criterio, al que hace mención Roxin, según él, no sólo tiene validez a efectos de fundamentar la autoría en los delitos especiales, sino también es aplicable en la determinación de la coautoría y autoría mediata, entre tanto, la jurisprudencia se adhiere a ella de manera progresiva, ya que su construcción teórica brinda soluciones a los problemas de autoría y participación en los delitos que contienen deberes especiales en el tipo (Pariona, 2013)

2.2. Concepto de Jakobs

Habiendo abordado la postura de Roxin, alejada un poco del normativismo, se debe señalar que para este último (Jakobs), propone un sistema de la teoría del delito, que no se basa en la teoría del delito “post finalista”, que era dominante en el ámbito doctrinario, y que hacía la distinción entre acción y omisión, entre dolo e imprudencia, analizando cada elemento dentro de la tipicidad (Bacigalupo, 2004). En esa misma línea explica mejor los

alcances de la postura del profesor Jakobs, “debe distinguirse, desde el principio, entre dos clases de delitos: los delitos de “responsabilidad por competencia por organización” y los “delitos por competencia institucional” (Gomez, 2006) En el primero de ellos, “el deber prescrito en la norma regula toda la relación entre el objeto de protección y el autor; en los segundos, el deber solo se limitaría a asegurar penalmente una relación ya existente con prescindencia del deber” (Gómez, 2006).

De lo dicho, se entiende que Jakobs, señala de forma expresa, lo que luego ha sido recogido por la doctrina nacional, y es que los alcances de la teoría del dominio del hecho no son útiles para poder resolver los casos en los que existe un sujeto especial sobre el que versa un deber específico. De este modo, para Jakobs, el criterio de dominio del hecho, solo debe limitarse, a efectos de fundamentar la autoría en los delitos comunes, es decir, delitos cometidos por cualquiera, en los que, según él, se configura una competencia organizacional, que consiste en organizar la esfera organizacional, de tal manera que no sea dañosa para los demás. Una aproximación de concepto de autor en los delitos de infracción de deber, que nos brinda, (Jakobs G. , 2010).

Para explicar los delitos de infracción de deber, dentro del escenario de un deber especial que surge de instituciones positivizadas, y en las que la normas asignan a una persona un específico deber, Jakobs, señala que, hay delitos en los que determinadas personas tienen que responder de la

existencia de un bien y no solo de que la propia organización no afecte a un bien, menoscabándolo (delitos de infracción de deber). En estos casos, la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesoria, o sea, por su parte siempre en concepto de autor, y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer. El interviniente es al menos autor por omisión, y, en caso, de aportación mediante hacer, por incidental que sea, autor por comisión; la distinción entre comisión y omisión pierde, pues, su sentido en los delitos de infracción de deber, los autores se encuentran en una posición de garantes, esto es, tutelar el bien jurídico institucionalmente asegurado, en ese sentido (Jakobs G. , 1997) nos brinda un ejemplo: “el tutor, a quien un tercero le da el consejo, que resulta exitoso, de cómo esa tercera persona puede sustraer el patrimonio del pupilo confiado a su cuidado, es autor del delito de administración desleal (...)” en el supuesto planteado el tutor será autor, aunque le falte el dominio del hecho, que en este caso lo ostenta el tercero.

Continúa Jakobs, en relación a la posición de garante que configura el deber institucional, señalando que: incluso los delitos comisibles por cualquiera se convierten en delitos de infracción de deber, hasta en caso de comisión; así pues, la participación decae en favor de una autoría más amplia. Ejemplo: la muerte de su hijo menor de edad es delito de infracción de deber para los padres, de modo que siempre se da la autoría, sin tener en cuenta si se da o no intervención, y en qué medida; si la muerte sobreviene mediante entrega de un medio para suicidarse, a la responsabilidad por el delito de infracción de deber se

añade la responsabilidad por autoría mediata. (Jakobs G. , 1997)

2.3. Las instituciones positivas

Las teorías del dominio del hecho tradicionales, utilizan los criterios de la autoría y participación de los delitos comunes para fundamentar la imputación penal del *extraneus*, cuando interviene en un delito de infracción de deber, los defensores de estas teorías clásicas y/o tradicionales coinciden en señalar que el *extraneus* podrá intervenir en calidad de autor o cómplice, dependiendo a si tuvo o no el dominio del hecho; esto es, si el *intraneus* es quien ostente el dominio del hecho, le será imputado el delito de infracción de deber a título de autor, mientras que al *extaneus* que coadyuva material o psíquicamente a menoscabar las instituciones positivas, se le imputará a título de participe (Sanchez, 2002) sin embargo si el *extraneus* es el que tiene el dominio del hecho, será autor del delito, debido a su organización defectuosa, lo que conlleva una creación de riesgos dentro de su competencia (Mir, 2015) En ese orden de ideas, el *extraneus* que interviene en un delito de infracción de deber, será considerado participe cuando haya infringido un deber organizacional, esto es, el *neminem laedere* negativo de forma directa; por otro lado, si del dominio del hecho, se tiene que tratándose de delitos comunes, la creación riesgos típicos a las instituciones positivas, a través de la infracción directa del *neminem laedere* negativo, con dominio del hecho, configura la imputación a título de autoría en ese sentido, la doctrina ha desarrollado dos teorías, para tratar de fundamentar la

intervención del *extraneus* en un delito de infracción de deber, los cuales son, las teorías individualizadoras y las teorías unificadoras

2.4. La intervención delictiva en los delitos de infracción de deber

Como bien ha señalado la doctrina, al tratarse de un delito de infracción de deber, no es posible que dos o más sujetos públicos que participan en el pacto colusorio con los terceros interesados respondan a título de coautoría, pues cada sujeto público al actuar de esa forma habría infringido el deber especial personal que le impone la ley penal y, por tanto, solo responderían como autores. Recuérdese que en este tipo de delitos, el dominio del hecho ya no es relevante para la determinación de la autoría y las otras formas de intervención delictiva. En el mismo sentido, no es posible la materialización de autoría mediata, pues cuando el sujeto público instrumentaliza a otro mediante (engaño o coacción) para que participe en el acto mismo de la concertación, responde como autor simplemente, pues con su proceder está infringiendo directamente sus deberes especiales impuestos por la ley penal. (Salinas S., 2009)

a) La teoría de la unidad del título de la imputación

De acuerdo con esta teoría, si bien, no podría imputarse la intervención del *extraneus* a título de autor, debido a que no concurre en él los elementos personales intrínsecos de la autoría, en cambio sí podría responder como participe; ello en virtud a los principios de la teoría

del dominio del hecho, que sostiene que será participe todo aquel que colabore con el autor, situación que es aplicable también al caso del *extraneus* que interviene con un *intraneus* en la realización de un delito especial, en ese orden de ideas, los *intraneus* y *extraneus* responderían ya sea por un delito especial o común, ello dependerá de cuál de ellos) tuvo el dominio del hecho, pero no podrán responder por delitos distintos (Perez, 1999) Los partidarios de esta posición sostienen que la incomunicabilidad de las circunstancias, fundamentan la participación del *extraneus* en un delito especial, en sentido contrario a lo sostenido a la teoría de la ruptura del título de imputación (Abanto, 2004). La ventaja de esta teoría, es que políticamente subsana las deficiencias de la teoría la ruptura del título de imputación, pues la intervención del *extraneus* en un delito especial no podrá quedar impune, en ese sentido en los denominados delitos especiales propios o en sentido estricto, la conducta del *extraneus* podrá imputársele a título de cómplice, y en los denominados especiales impropios, de igual manera serían considerados partícipes del delito especial si no tuvo el dominio del hecho, mientras que si tuvo el dominio del hecho será autor del delito común; también se tiene que, desde un punto de vista dogmático respeta el principio de accesoriadad, pues parte del concepto de autoría como *conditio sine quanon* para la existencia de la participación.

b) La teoría de la ruptura del título de la imputación

Según esta teoría, cuando en los delitos de infracción de deber intervengan un *intraneus* y un *extraneus*, cada uno de ellos responderá por distintos títulos de imputación (Rueda, 2001). Esto quiere decir que, el *intraneus* responderá como autor del delito especial (peculado por ejemplo), si es que tuvo el dominio del hecho; mientras que si fue el *extraneus* quien tuvo el dominio responderá como autor; pero no de un delito especial, sino de un delito común subyacente (apropiación ilícita por ejemplo); en ese orden de ideas, en el primer supuesto el *extraneus* responderá como partícipe del delito común subyacente (apropiación ilícita) y respecto al segundo supuesto el *intraneus* responderá como partícipe del delito especial (peculado). (García Caveró, 2008).

Así mismo el fundamento de la ruptura del título de imputación se encuentra en la incomunicabilidad de las circunstancias personales, el mismo que se encuentra previsto en el artículo 26° del código penal peruano, y en el artículo 65° del código penal español, criterio que según los defensores de esta teoría impediría que se le pueda imputar un delito de infracción de deber ya sea a título de autor o participe a un *extraneus* que interviene concretamente en la comisión de un delito contra la administración pública, sino solo se le podrá imputar un delito común (Salazar, 2011) cabe decir que consideran que solo los funcionarios y servidores públicos podrán responder como autores o partícipes de un delito especial (Gimbernat, 1997). Esta posición

ha tenido acogida en nuestra jurisprudencia nacional en el Recurso de Nulidad N° 2628-2006-Ucayali, y la Casación N° 782-2015-Del Santa

2.5. Breve distinción entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber

Los delitos de infracción de deber o más propiamente, los delitos en virtud a una relación de corte institucional, han sido diferenciados de los delitos especiales por Jakobs: en los delitos especiales siempre se limitará el círculo de posibles autores mediante la exigencia en el tipo penal de ciertas cualidades o condiciones respecto al sujeto activo que modifican la responsabilidad penal. En este sentido, la imputación jurídico penal no se basa en una responsabilidad penal. En este sentido, la imputación jurídico penal no se basa en una responsabilidad en virtud a una institución positiva, sino, en cambio, en una responsabilidad por la organización de la esfera de libertad, esto significa que la cualificación servirá, a lo sumo como factor de autoría, pero no como fundamento de responsabilidad penal, por el contrario, en los delitos de infracción de deber, la responsabilidad penal se fundamenta en los deberes especiales que nacen de una institución positiva determinada por la configuración social y que es garantizada por una norma penal. Si bien ambas clasificaciones esta referidas a la órbita de sujetos idóneos para ser autores, la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal, mientras que la clasificación como delito de infracción de deber despliega sus efectos a nivel de las estructuras materiales de imputación. (Reaño, 2014), este

autor afirma que también es posible que los delitos de infracción de deber puedan revestir una estructura formal de un delito de dominio y por tanto que las expectativas normativas de carácter institucional sean dirigidas a cualquier persona.

En suma, se debe señalar, desde mi óptica que, mediante un enfoque formal, se puede advertir que los delitos de dominio puede realizarlo o cometerlos cualquier personas, en cambio los delitos de infracción de deber solo pueden ser cometidos por quienes posean una especial calidad; así mismo, de un enfoque material, se dan en virtud “de la competencia por organización”, en cambio en los delitos de infracción de deber se dan en función de una competencia institucional, es decir, instituciones positivas.

Además de señalar que, en los casos de los delitos de dominio, la intervención delictiva se determina en función de la teoría del dominio del hecho, mientras que, en el caso de los delitos de infracción de deber, quien ostenta la calidad especial y defrauda ese deber siempre será autor, independientemente de su actuación en la realización del, evento delictivo. Los delitos de infracción de deber surgen de defraudar esos deberes especiales, en cambio en los delitos de dominio se fundamentan en el deber genérico de “no dañar”.

3. Los delitos contra la administración pública

3.1. El concepto de funcionario público

3.1.1. En el derecho administrativo

El concepto de funcionario público implica una dirección u orientación, además de una responsabilidad, en el

desempeño de un cargo de naturaleza pública. El funcionario público es quien ejerce autoridad en la gestión pública de la administración, y como persona física encarna un determinado órgano o ente del Estado, o aquellas personas cuyas decisiones representan la voluntad de un órgano o ente administrativo. (Salinas S., 2009).

Cabe decir que los funcionarios públicos son los agentes más importantes dentro de la administración pública, pues precisamente son estos los titulares del ejercicio de la función pública, la misma que precisamente es el elemento fundamental de la administración. Así mismo son los agentes públicos que tienen potestad o capacidad de decisión, gestión y de representación del Estado o del organismo público en el cual realizan sus actividades, tanto en sus relaciones al interior de la entidad estatal, así como al exterior de la misma. (Gálvez, 2001)

3.1.2. En el derecho penal

Para efectos penales, se exige que el autor tenga una relación funcional específica con el objeto del delito dentro del entramado de la Administración pública. (Salinas S., 2009). En el derecho penal, al igual que en el administrativo, se consideran como funcionarios y servidores públicos a todos los incorporados a la administración pública o carrera administrativa, ya que el derecho penal igualmente, toma en cuenta el criterio de la incorporación. En este sentido, todo tipo de funcionario y servidor del derecho administrativo, lo será también para el derecho penal desde el funcionario político hasta el funcionario de facto, y llegado el caso les será aplicable la consecuencia penal prevista en los tipos penales de los delitos contra la administración

pública, si es que cometieran cualquiera de las conductas típicas configurativas de estos delitos. (Gálvez, 2001)

Podemos decir que en el del derecho penal, más allá de la formalidad para la consideración de la calidad de funcionario o servidor público cargo o ejercicio de la función, pues, formalmente un funcionario no puede estar revestido de los atributos propios de la función pública, pero se comporta como si lo estuviera; si en estas circunstancias cometiera cualquiera de las conductas típicas de los delitos en estudio, será considerado como funcionario o servidor (según sea el caso), para determinar su calidad de agente del delito. Igualmente, para efectos penales también tiene trascendencia la intervención de personas que no tienen ninguna vinculación con la administración pública, pero que por administrar o custodiar bienes, en cuya tenencia ha participado una autoridad o funcionario, se los considera vinculados a la administración y se les aplica la consecuencia del derecho penal, tales son los casos de los administradores y custodios de bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, previstos en art. 392 del CP. (Gálvez, 2001)

3.2. El concepto anticipado de funcionamiento público

El concepto anticipado de funcionario público significaría una ampliación de la protección penal que se brinda al bien jurídico correcto funcionamiento de la función pública a través de los tipos penales de corrupción de funcionario. El adelantamiento de la barrera penal sería consecuencia de establecer como único requisito para ser sujeto activo de cohecho el tener título habilitante. Felipe Villavicencio

Terrerros señala que la figura examinada tiene por objeto extender el concepto de funcionario público a quienes hayan sido elegidos o designados para un cargo cuando todavía no lo hubieran ocupado. (Villavicencio T., 2001)

El autor argentino Carlos Manfroni, principal estudioso de la Convención Interamericana contra la Corrupción, afirma que el concepto anticipado de funcionario público corresponde a quien ha sido seleccionado, designado o electo para ocupar un cargo aún antes del comienzo de sus funciones. (Manfroni, 1997). Rojas Vargas comenta que con el nuevo concepto de funcionario público examinado se prescinde de la investidura, esto es de la incorporación, y del ejercicio de la función a fin de adelantar el interés político criminal a la fase previa de la selección, nombramiento o elección, con el fin de penalizar los actos de corrupción que se den en el período de tiempo en que el funcionario público demore en asumir el cargo desde que obtiene el título habilitante. (Rojas Vargas, 2007)

3.3. El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública

Se trata de un bien jurídico de carácter genérico pues comprende los principales aspectos de la Administración estatal, así como el correcto desempeño de la función pública lo que, a su vez, se yerguen como específicos objetos de tutela penal. Su protección siempre deberá adecuarse a los parámetros constitucionales, los delitos comprendidos en este Título deben estar vinculados al modelo de Estado constitucionalmente definido, y han de situar el punto de referencia, no en el cumplimiento de los

deberes propios del cargo, sino en su repercusión sobre el correcto funcionamiento de la Administración pública y de las diversas actividades prestadas por ésta, así mismo todo lo que signifique un menoscabo grave a la imparcialidad, transparencia y eficacia de la Administración Pública. (Frisancho, 2011)

Cabe decir que se busca proteger penalmente el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la Administración pública, orientada siempre al logro de su fin último, cual es el bien común. La lesión o puesta en peligro del normal o correcto funcionamiento de la Administración pública pone en directo peligro la organización misma del Estado. De esa forma, se constituye en bien o interés jurídico preponderante que corresponde al Estado mismo cautelar y proteger por medio de las normas penales, cuyo centro de atención es el bien jurídico preponderante o relevante que pretenden proteger. (Salinas S., 2009).

3.4. La prescripción en los delitos contra la administración pública

El Código Penal, al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80 CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este. De modo que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como unas cuestiones generales condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del

término de la prescripción, por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración pública.

En consecuencia, los que no detentan esas condiciones no infringen el deber jurídico especial y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *intimus* y *extmneus*, derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Los *extmnei* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores. Aunque ello ha cambiado con la reforma del artículo 41 de la Constitución que ha señalado que los delitos más graves contra la administración pública no prescriben, sin embargo, como señala el profesor Pariona Arana, y Salinas Siccha, no se ha establecido en el ámbito legal cuál son los delitos más graves que afectan el correcto funcionamiento de la administración pública que tengan carácter imprescriptible.

Así mismo, esta reforma ha contradicho lo que la doctrina había señalado de que la duplicidad de los plazos de prescripción no le alcanzaba a los particulares, pues a partir de del año 2017, en que se reformó la Constitución, la duplica de la prescripción también se ha extendido a los particulares que intervengan en la comisión de los delitos

contra la administración pública. Además, sin perder de vista que la dicha duplicidad, se da cuando se trata de un delito contra la función pública o el patrimonio del Estado, y no como antes en las que solo se duplicaba la prescripción en el caso de los delitos contra la administración pública que afecten el patrimonio del Estado. Antes de la reforma, se seguía el siguiente criterio:

El artículo 41° de la Constitución señala que “el plazo de prescripción se duplica en casos de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos”. Esta norma constitucional ha sido materializada en el artículo 80° del Código Penal, donde establece un plazo especial de prescripción el doble de los plazos establecidos en las reglas generales para los casos de delitos de corrupción contra el patrimonio del Estado cometidos por funcionarios públicos. El legislador ha otorgado un mayor tiempo para la persecución del hecho punible, ya que el delito no solo representa un atentado contra el correcto funcionamiento de la administración pública, sino que implica una afectación a la seguridad de los bienes del Estado o que son administrados por él. Sin perjuicio de lo expuesto, el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 ha complementado lo estipulado en el artículo 41° del Código Penal, De esta manera, la Corte Suprema de Justicia ha exigido el concurso de tres presupuestos para la duplicidad de la prescripción: que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito y el patrimonio: con ello la prescripción solo operará frente a los funcionarios públicos intraneus que cometen un delito de corrupción que afecte el patrimonio estatal; que el vínculo,

antes comentado, entre el patrimonio del Estado y el funcionario público implique que este puede ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre los bienes públicos: Dentro de estos bienes (muebles o inmuebles con valor económico) están los que son propiedad exclusiva del Estado, los que son propiedad de sociedades de economía mixta y los que, a pesar de ser propiedad privada, se encuentran en posesión del Estado. Ahora bien, volviendo al vínculo entre el funcionario y el patrimonio, se está hablando aquí de lo que la Corte Suprema ha llamado, anteriormente, competencia funcional específica, esto es, que el funcionario público, por razón de su cargo, tenga la disponibilidad jurídica que le permita la libre disposición de los bienes (no siendo necesaria una tenencia material directa); que las funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes (competencia funcional específica) pueden ser atribuidas por orden administrativa. En esta medida, un funcionario, que originalmente no cuenta con facultades necesarias, puede recibir la competencia funcional específica a través de una disposición verbal. Finalmente, debemos señalar que, si bien en la práctica los delitos que comúnmente cumplen con estos requisitos son el delito de peculado y el de malversación de fondos, es necesario analizar los casos concretos, toda vez que es posible que otro tipo de delitos de corrupción cumplan con estos requisitos como, por ejemplo, los supuestos de colusión agravada o negociación incompatible.

3.5. Las penas en los delitos contra la administración pública

3.5.1. Privativas de la libertad

La pena privativa de libertad es definida como la “reclusión del condenado en un establecimiento penal en el que permanece privado, en mayor o menor medida, de su libertad y sometido a un específico régimen de vida”. (Montoya Vivanco, 2015)

En este sentido, tal como refieren los distintos autores¹⁴ y lo establece el art. 45-A del CP, modificado por la Ley N° 30076, para la determinación de la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, y determinará la pena siguiendo las siguientes etapas:

- 1) Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.
- 2) Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:
 - (a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior. Obviamente en este caso también se deberá diferenciar el caso en que solo existen atenuantes, del caso en que no exista agravante ni atenuante; en el primer caso se impondrá la pena dentro de la mitad inferior (del tercio inferior) y en el segundo en la mitad superior.

- (b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.
 - (c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.
- 3) Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior; b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

Asimismo, resulta importante tener en cuenta los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema contenidos en el Acuerdo Plenario N ° 1-2008/C J-I 16, de fecha 18 de julio del 2008, en donde se establecen criterios para la determinación de la pena en casos de reincidencia y habitualidad, así como otros supuestos vinculados a las circunstancias agravantes y atenuantes de diversos niveles como los contenidos en el Acuerdo Plenario N ° 2-2010/C J-116.

3.5.2. Limitativas de derechos

La pena de inhabilitación consiste en “la pérdida o suspensión de uno o más derechos de modo diferente al

que comprometen las penas de prisión y la multa”. En esta línea, el artículo 36° del Código Penal regula la pena de inhabilitación. En el mismo sentido, el artículo 30.7 de la CNUC establece la posibilidad de aplicar la pena de inhabilitación. (Montoya Vivanco, 2015)

Artículo 30.7 de la CNUC “Cuando la gravedad de la falta lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandato judicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo de la presente Convención para: a) Ejercer cargos públicos; y b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado”. Ahora bien, este tipo de pena es, especialmente, importante por dos motivos:

1. Evita que el funcionario corrupto continúe lesionando el buen funcionamiento de la administración pública;
2. En algunos casos, este tipo de pena, se constituye en la más importante a imponer al funcionario público, puesto que muchos de los delitos de corrupción pueden tener penas concretas de cuatro años (o menores), supuestos que permiten usualmente la suspensión de la ejecución de la pena. En esta medida, como se verá a continuación, el juez tiene la obligación de imponer la pena de inhabilitación a los funcionarios corruptos. (Montoya Vivanco, 2015)

En este sentido, por la inhabilitación, se priva temporalmente al agente del delito, de la capacidad legal para desempeñar determinada función o cargos público,

sea que estos provengan de nombramiento, de elección popular o de cualquier otra fuente; o para ejercer determinada profesión, oficio, actividad o industria; ya que precisamente el ejercicio o desempeño de estos, convierten al sujeto en un potencial agente de delitos. Al respecto resulta necesario ver el criterio vinculante contenido en el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 2-2008/C J-I 16, de fecha 18 de julio del 2008. (Gálvez, 2001)

3.5.3. Multas

La multa es una pena patrimonial que consiste en el pago de una cantidad de dinero. De esta forma, el menoscabo patrimonial es el medio a través del cual se pretende imponer un mal idóneo al penado, como instrumento de prevención del delito. (Gálvez, 2001)

El Código Penal ha regulado la pena de multa en los artículos 41° al 44°. Se debe tener en cuenta que esta regulación impone que su naturaleza de pena principal, es decir, la pena de multa debe estar contenida en un artículo de la parte especial para ser aplicada. Esta característica ha quedado clara con la incorporación explícita de la pena de multa, efectuada por la Ley 30111, en varios delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos como el delito de colusión, concusión, peculado, entre otros. Es necesario recordar que la multa, a diferencia de la reparación civil, es una pena, de forma que no obedece a los criterios de responsabilidad civil extracontractual. (Montoya Vivanco, 2015).

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS, ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y DERECHO COMPARADO

A. Fundamento constitucional del delito de enriquecimiento ilícito:

Antes de hacer referencia al artículo 41 de la Constitución que se refiere al contenido y fundamento constitucional del delito de enriquecimiento ilícito, es necesario hacer mención al fundamento supranacional, en ese sentido cabe destacar que “La primera referencia al delito de enriquecimiento ilícito la encontramos en un texto cuya cita deviene absolutamente obligatoria si atendemos no sólo a este motivo, sino que, además, es pionera al constituir una llamada de atención en el ámbito internacional sobre un fenómeno que, hasta entonces, había merecido únicamente una respuesta – y, no plenamente satisfactoria – por parte de las diferentes legislaciones nacionales. Me refiero a la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos, firmada en Caracas, el 29 de marzo de 1996 y en vigor desde el 6 de marzo de 1997” (Rojas, 2021), en función a eso se pronuncia Salinas cuando, esgrime la idea que “La importancia de la misma es fundamental por cuanto que se trata del primer instrumento que sienta las bases de la cooperación entre países con el fin de prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas. Ello obedece a que, como queda reflejado en el Preámbulo, —la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos. Es, precisamente, la magnitud de tales consecuencias y la constatación de la trascendencia internacional que, en ocasiones, presenta lo que justifica la cooperación entre todos los países; de ahí el

convencimiento de que, sin esa acción coordinada, todo intento por combatir eficazmente la corrupción será baldío” (Salinas, 2019); este instrumento internacional señala expresamente que “los Estados parte deberán incriminar – eso sí, con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico – el soborno internacional y el enriquecimiento ilícito” (texto de la Convención Interamericana contra la Corrupción).

Señala Peña Cabrera que un “segundo convenio de ineludible cita es la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003 y en vigor desde el 14 de diciembre de 2005. En él se incluye, por segunda vez en un texto internacional, una mención expresa al delito de enriquecimiento ilícito” (Peña Cabrera, 2017); el artículo 20 de este instrumento jurídico internacional ha señala que: “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” (artículo 20 de la Convención de las Naciones unidas contra la Corrupción), de ahí, señala Lamas Puccio que “con una redacción muy similar a la empleada por la Convención Interamericana contra la Corrupción, entiende por tal el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él. La tipificación de este delito, con idéntico proceder que el mantenido en la convención que le sirve de precedente, se condiciona expresamente al sometimiento de la Constitución y de los principios fundamentales de cada uno de los ordenamientos jurídicos. Salvedad que, como en el caso de la aludida Convención, muestra la enorme complejidad que presenta el incriminar este comportamiento sin

que quede comprometida la vigencia de principios fundamentales que gozan de un amplio reconocimiento” (Lamas, 2001).

A nivel constitucional, si bien es cierto, se ha cuestionado la constitucionalidad de este delito en función de que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia porque se invierte la carga de la prueba, dejando el deber de justificar sus ingresos al imputado, además de también lesionarse la garantía del derecho de legalidad, pues técnicamente como afirma Pariona, no se describe una conducta delictiva, sino un estado de ingresos no justificados, por lo que se define una situación y no una conducta; sin embargo, se justifica su constitucionalidad en el sentido que, si bien es cierto, “se parte de un estado de sospecha previo, mas no por ello ha de ser inconstitucional ya que —todo proceso judicial se inicia con una presunción, una hipótesis delictiva, sin que ello comprometa la situación de inocencia de que goza el sospechado. Y en nuestro caso el estado de sospecha está conformado por la desproporción que existe entre los ingresos que nutren la economía del funcionario y la riqueza que lo rodeó, y es la circunstancia que genera el deber de justificar, esto es, el deber de demostrar la génesis lícita del mismo, como imperativo legal de raíz constitucional” (Rojas, 2017)

En Europa, con respecto a la constitucionalidad de este delito, he de decir que no ha sido tipificado en las legislaciones de sus países, siendo bastante llamativo el caso de Portugal donde se ha declarado su inconstitucionalidad. En el viejo continente entonces, “los informes que se elaboran en el marco de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción evidencian que los Estados de Europa (Europa occidental) se muestran reacios a la sanción penal del enriquecimiento ilícito por considerar que puede ser contraria a sus respectivas constituciones, esencialmente en lo relativo a la presunción de inocencia y a la inversión de la carga de la prueba que puede suponer dicha infracción penal” (conferencia de mayo de 2013)

El fundamento constitucional definitivamente tiene que ver con el bien jurídico que se protege en este tipo de delitos, ya que como se sabe los tipos penales se legitiman en el ámbito constitucional, siempre que tengan un bien jurídico con absoluto respaldo constitucional. De Ahí que, como en todos los delitos contra la administración pública “el bien jurídico genérico protegido es el recto y normal desarrollo o desenvolvimiento de la Administración pública. El bien jurídico específico lo constituye el normal y correcto ejercicio de las funciones de los cargos y empleos públicos por parte de los funcionarios y servidores públicos que se deben a la Nación. No obstante, tomando en cuenta que en los delitos especiales contra la Administración pública el bien jurídico siempre se representa en principios o deberes, precisando más el bien jurídico específico en este delito, podemos aseverar que se pretende proteger los principios de transparencia y de probidad que sustentan el ejercicio de las funciones de los sujetos públicos en la Administración pública. De modo que, con base en el principio de transparencia, se ve plenamente justificada la exigencia de la obligación impuesta al sujeto público de rendir cuentas al Estado respecto de su patrimonio. Lo último representa una forma de controlar la probidad con la que debe conducirse en el marco del ejercicio de su posición jurídico-institucional. Así también, en virtud del principio de transparencia, le es exigible al funcionario público mantener un status patrimonial acorde a los ingresos que de acuerdo a ley le corresponden” (Roncal, 2014)

La jurisprudencia nacional al parecer no tiene mayores problemas en interpretar de esta forma el bien jurídico del delito en hermenéutica. En efecto, en la ejecutoria suprema del 16 de mayo de 2003, se argumentó: “Lo que se lesiona en el delito de enriquecimiento ilícito es el bien jurídico penal ‘Administración pública’, el mismo que significa: ejercicio de funciones públicas, observancia de los deberes de cargo, o empleo, continuidad y desenvolvimiento normal de dicho ejercicio, prestigio y dignidad de la función, probidad y honradez de sus agentes y protección del patrimonio público”. (Rojas Vargas F., 2001); en tal sentido, “es obvio que así planteado el delito

de enriquecimiento ilícito no cautela ni protege en forma directa o indirecta el patrimonio del Estado. En esta línea, consideramos que no es de recibo la posición” (Vásquez, 2014) que sostiene que resulta difícil encontrar un objeto del bien jurídico concretamente protegido. En todo caso, afirman, “hay un peligro abstracto en relación con todos los demás objetos protegidos por los demás tipos penales: la imparcialidad del funcionario, el patrimonio de la administración, el carácter público de la función pública, etc.”

B. Fundamento criminológico y de política criminal que sustenta en delito de enriquecimiento ilícito

Como afirma el profesor Peña Cabrera Freyre (Peña, 2017) “especial protagonismo adquiere el delito de “Enriquecimiento ilícito”, merito a dos planos a saber: - primero, desde una consideración criminológica, tomando en cuenta, el importante número de funcionarios y servidores públicos, que hacen del cargo, una plataforma fecunda para la obtención ilícita de activos y capitales; y segundo, desde una sustentación dogmática y de política criminal, en el sentido, de que el delito de enriquecimiento ilícito, despliega una función de primer nivel, considerando que su aplicación a los casos concretos, al constituir un injusto funcional autónomo, no requiere de la acreditación de otros delitos funcionariales, pues lo que viene a penalizar este hecho punible, es estado de enriquecimiento, en cuanto a la obtención patrimonial por parte del intraneus, - en un periodo determinado de tiempo, como consecuencia del prevalimiento del cargo público”; es importante entender el fundamento de política criminal que fundamenta la existencia del delito materia de esta investigación, pues depende de ella si existe o no la regulación de este delitos, tal y como lo afirma Pariona” este delito no está tipificado en muchos países de América Latina, tampoco está regulado en Europa. Su regulación depende de la política criminal de cada Estado” (Pariona, 2018); en ese mismo sentido apunta el Bramot Arias señalado que “básicamente la justificación de la tipificación en los ordenamientos jurídicos de este delito es por un tema de

necesidad de pena. En el sentido de que no se quiere generar vacíos de punibilidad a funcionarios públicos que realicen actos ilícitos y que no se les pueda comprobar los mismos. Solo en ese caso, debería aplicarse el enriquecimiento ilícito” (Bramont- Arias, 2017).

Como afirma Salinas Siccha a nivel político criminal “La tipificación del hecho punible “enriquecimiento ilícito” trata de criminalizar un comportamiento social y políticamente dañino para la sociedad. Permite conminar penalmente a los sujetos públicos a que conduzcan sus actos funcionales de conformidad a lo dispuesto imperativamente por el artículo 39 de la Constitución Política del Estado, en el sentido que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. Los cargos o empleos públicos no son ni pueden ser una fuente de enriquecimiento económico y de lucro. Los funcionarios y servidores públicos se deben a la Nación y de modo alguno a los apetitos y avaricia crematísticos de sus impulsos” (Salinas, 2019); es decir, “Es intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva que se use el cargo o la función pública para acumular o hacer ilícitamente riqueza” (Rojas Vargas, 2002).

Desde el punto de vista político criminal, entonces, el legislador nacional ha considerado como señala Salinas que “el Derecho penal en el marco de su finalidad de prevención general debe cumplir un papel decisivo en la lucha contra la corrupción. No debe tolerarse de ninguna forma los actos de corrupción. Se debe sancionar penalmente y en forma drástica, a aquellos sujetos públicos que abusando de su cargo incrementan su patrimonio de manera ilegal. Aquel sujeto público que utiliza el cargo para enriquecerse se sale de su rol social de buen trabajador o servidor público” (Salinas, 2019).

En esa misma línea la propia Corte Suprema ha señalado que “los cargos y empleos públicos una fuente de enriquecimiento económico o lucro, resultando intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva el uso

del cargo o función para acumular o hacer ilícitamente riqueza, teniendo como fuente generadora una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considerados contrarios a las normas jurídicas y/o sociales” (Sentencia, 2003).

C. Análisis del tipo penal de enriquecimiento ilícito

1. Antecedentes legislativos

Como apunta el autor nacional Salinas Siccha, “El delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 401 del Código Penal de 1991, en la legislación nacional, tiene su antecedente más inmediato en el artículo 361-A, introducido en el Código Penal de 1924 por el Decreto Legislativo N° 121 de 1981” (Salinas, 2019). Sobre este punto, señala Hugo Álvarez, que “la incorporación de la citada norma del Código Penal de 1924, como lo sostienen otros autores, entre ellos Caro Coria, no se hizo en función o por mandato constitucional contenido en el artículo 62 de la Constitución Política del Estado de 1979 (hoy derogado); sino en razones estrictamente de política-criminal, por cierto, muy cuestionables. Resalta además que dicho delito no fue contemplado como hecho punible en el primer Código Penal peruano del año 1863, tampoco primigeniamente en el Código Penal derogado de 1924; fue a *posteriori*, es decir, incorporado a través del artículo 361-A por el Decreto Legislativo N° 121 de fecha 30.10.1981” (Álvarez, 2000).

Como señala James Reátegui, “El texto original del Código Penal de 1991, regulo el delito en comentario, de forma muy escueta, en el Artículo 401, bajo los siguientes términos” (Reategui, 2014): “*El funcionario o servidor público que, por su razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menos de cinco ni mayor de diez años.*” (texto original). No obstante, el texto original del artículo 401 del Código Penal de 1991 ha sido objeto de múltiples modificaciones legislativas.

La primera reforma, nos dice James Reátegui, del delito de enriquecimiento

ilícito (artículo 401) sucedió a través de la Ley N° 27482, con fecha 15-06-01, la misma que quedo el texto de la siguiente manera:

“El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menos de cinco ni mayor de diez años” (primer párrafo).

“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 renta, 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” (segundo párrafo).

Breve comentario:

De acuerdo con lo que señala el joven profesor nacional Reátegui, él nos explica con respecto a esta fórmula legal que “como puede verse, se siguió conservando la misma descripción legal con la misma pena conminada. Sin embargo, lo más resaltante es la incorporación del segundo párrafo en el artículo 401 del Código Penal, que tiene que ver con los indicios de enriquecimiento ilícito del funcionario. Se trata, en consecuencia, de un “indicio tasado” en la forma de cómo se debe entender, según la Ley, el termino enriquecimiento indebido” (Reátegui, 2014).

Una segunda modificación que experimento la estructura típica de este delito se dio mediante el artículo 1 de la Ley N° 28355, la cual fue publicada el 06-10-2004, en el Diario Oficial “El Peruano”, la misma que quedó descrita de la siguiente manera:

“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 menos de cinco ni mayor de diez años e

inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal” (párrafo 1).

“Si el agente es un 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 antejucio y la acusación constitucional, la pena será no menos de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo del Código Penal” (párrafo 2).

“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” (párrafo 3).

Breve comentario:

Siguiendo a Reategui diremos que “en la descripción típica básica se observa algún cambio, ahora se precisa la conducta típica del funcionario (“... ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente...”), y se conserva la misma pena privativa de libertad que estaba anteriormente, anexando por primera vez en este delito la pena de inhabilitación (“... no menor e cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 de artículo 36 del Código Penal.”) (Reategui, 2014). Ahora bien, “lo más relevante es que se incorpora, por primera vez, un segundo párrafo del artículo 401 del Código Penal, que tiene que ver con una circunstancia agravante específica en el sentido que el autor sea aquel 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 Antejudio y la acusación constitucional”(Reategui, 2014).

Luego, por tercera vez, el contenido del tipo penal 401 fue modificado por la episódica y polémica Ley N° 29703, del 10 de junio de 2011, la misma que fue derogada en parte por la Ley N° 29758, del 21 de julio de 2011.

Breve comentario:

Parfraseando a Salinas Siccha diremos que “Uno de los cambios fundamentales que se ha producido es que se deja de lado el criterio excesivo de considerarlo una conducta de no justificación del incremento patrimonial, pues esta postura genera la idea absurda que se transfiere la carga de la prueba al imputado, a favor del Ministerio Público. El otro cambio radica en que la frase “durante el ejercicio de sus funciones” ha sido dejada de lado por la frase decisiva “abusando de su cargo” (Salinas, 2019). En suma, como ha dicho la Jurisprudencia “luego de haberse realizado una ponderación cualitativa respecto de los elementos objetivos que integran el tipo penal de enriquecimiento, entre la norma del texto original del año 1991 y las modificaciones que ha sufrido el artículo 401 del Código Penal(...) se establece que tales modificaciones no han variado el núcleo esencial del injusto típico, ni tampoco han incorporado elementos típicos nuevos, sancionando la misma conducta de enriquecimiento patrimonial injustificado legalmente, efectuando únicamente precisiones a los elementos objetivos del tipo penal” (citada por Rojas Vargas, 2013) .

Luego de la modificación sufrida en el año 2011 por la Ley N° 29758, del 21 de julio de 2011, se introdujo la modificatoria por al artículo 401 de nuestro Código Penal por la Ley N° 30111, del 26 de noviembre de 2013, y esta a su vez nuevamente fue objeto de reforma por el Decreto Legislativo N° 1243, de octubre de 2016, quedando la fórmula legislativa del tipo penal 401 como

sigue:

“El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus impresos 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”. (párrafo 1)

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. (párrafo 2)

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 sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita” (párrafo 3).

2. Análisis del tipo penal

2.1. Tipicidad objetiva

a) Sujetos:

1) Sujeto activo

“El artículo 401 del Código Penal hace mención a una forma determinada de enriquecimiento ilícito en función del sujeto

que se enriquece como al modo en que se produce; así, la figura solo es atribuible al sujeto público (funcionario y/o servidor), no comprendiendo al particular que se enriquece ni al sujeto público que se enriquece al margen de la razón por el cargo” (Sánchez, 2002), de modo que solo puede ser sujeto activo de enriquecimiento ilícito aquella persona que tiene un cargo público, el mismo que es utilizado para incrementar ilícitamente su patrimonio. “Aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial propio, en este caso es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume; accesoriamente que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes como todas las personas tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor, sino un simple partícipe” (San Martín, 2004)

En suma, “los terceros sujetos públicos o particulares que ayudan al sujeto público a enriquecerse ilícitamente serán cómplices del delito. Un ejemplo de complicidad en el delito de enriquecimiento ilícito lo constituye el hecho real del que da cuenta la ejecutoria suprema del 3 de setiembre de 2010”. (suprema, 2009). En efecto, allí se expone que “el

enriquecimiento ilícito y responsabilidad -a título de autoría- ha sido comprobada; al respecto tenemos que la sentencia y ejecutoria suprema (...), determinaron que el inmueble fue ofrecido en donación u obsequio indebido a Saucedo Sánchez -previamente a la asunción de un Ministerio del Estado-, fundamentando dicha conclusión en las testimoniales de(...), quienes señalaron que Vladimiro Montesinos les ordenó obsequiar la referida propiedad al sentenciado Saucedo Sánchez; es en este contexto que, es posible la imputación -a título de cómplices secundarios- de las recurrentes Jenny y Annie Saucedo Linares, enmarcada en la modalidad del pactan scderis, es decir, por lo pactado y acordado anteriormente de permitir la adquisición de bienes y aperturar cuentas - ilícitamente obtenidos- en beneficio de otro; asimismo, debe referirse que el principio de confianza -parte del instituto de la imputación objetiva-, a diferencia del riesgo permitido, es un criterio que tiene su fundamento normativo en el principio de la autorresponsabilidad, es decir, tenemos la expectativa normativa de que otros actuarán correctamente, esa expectativa, esa confianza, permite que ya no estemos pendientes de los actos que realicen los otros ciudadanos y, en consecuencia, hace que nos avoquemos a nuestras conductas, por lo que puede colegirse que se origina sobre la base de la división del trabajo, donde la especialización hace que cada trabajador confíe en su superior o inferior, respecto del trabajo que se esté realizando, siendo el caso que la inaplicación - principal- de este filtro se da cuando conocemos precedentemente a nuestra conducta, los actos ilícitos de terceros; situación presente en este proceso, puesto que, si bien a prima facie existe un principio de confianza entre familiares; no obstante, el carácter relativo de aquella viene

siendo desvirtuada por los siguientes indicios que permiten actuar prueba indiciaria del conocimiento que tenían las recurrentes del enriquecimiento ilícito”. Aun cuando erróneamente se habla de complicidad secundaria, lo concreto es que los terceros que participan en la comisión del delito responden por el mismo delito, pero a título de cómplices.

La ejecutoria citada confirma la sentencia recurrida que condenó a las recurrentes por enriquecimiento ilícito en el nivel de cómplices secundarios, toda vez que, entre otros hechos de imputación, pese a conocer que aquel recibió un inmueble ubicado en la calle Rinconada del Lago, La Molina, en calidad de obsequió por orden de Montesinos Torres, simularon un acto jurídico por el cual ellas aparecían adquiriendo el inmueble y luego lo elevaron a escritura pública. Dolosamente ayudaron a su padre a enriquecerse de modo ilícito, No obstante, “siguiendo la postura de la ruptura del título de imputación, un hecho grave de enriquecimiento ilícito, al final quedó sin sanción penal. En efecto, los hechos se resumen en lo siguiente: se imputa a la señora Amelia Victoria(...), que, en su condición de regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa entre los años de 1999 al 2002 y del 2007 al 2010 haberse enriquecido en la cantidad de 1 028 703.44 soles, valiéndose para tal efecto, de una relación o núcleo familiar, pues en las cuentas de su presunto esposo se encontró el citado monto; que se tiene la prueba de las cuentas del señor Wilmer Agapito(...), que el dinero habría sido depositado en tales cuentas para ocultar la sociedad económica que mantenían y que al final, no pudieron ocultar el dinero debido a que apareció repentinamente en las indicadas cuentas bancarias” (Salinas, 2019).

De ahí que, “luego del proceso penal, en primera y segunda instancia, la funcionarla pública fue condenada como autora del delito de enriquecimiento ilícito, en tanto que el presunto cónyuge (extraño) fue condenado como cómplice del citado delito. Al interponerse el recurso extraordinario de casación” (Casación N° 782-2015) la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema casó la sentencia y absolvió a la funcionarla, y respecto del extraño, afirmó que este no podía responder por un delito funcionaria”). “Con este pronunciamiento judicial se tornó lícito el origen de los 1 028 703.44 soles encontrados en las cuentas, dinero que, de modo alguno, los procesados pudieron justificar en su licitud durante el proceso penal”. Finalmente, considera la doctrina que “resulta claro que a los terceros que ayudan a ocultar al sujeto público el patrimonio ilícitamente obtenido, les será atribuido el delito de receptación o lavado de activos. Ello dependerá de la naturaleza de la actividad ilícita que haya generado el incremento del patrimonio del agente”. (Siccha, 2009)

2) Sujeto pasivo

Sujeto pasivo solo es “el Estado, único titular del bien jurídico protegido como es el recto y normal funcionamiento de la Administración pública. En los casos concretos en los cuales los particulares reclamen ser agraviados con el enriquecimiento del funcionario o servidor público, estos deberán reconducir sus pretensiones por la vía civil correspondiente. No es factible que en sede penal se satisfaga sus expectativas de restitución o reparación civil”. (Rojas Vargas, F., 2001)

b) Conducta típica

Como apunta Salinas Siccha "...el delito de enriquecimiento ilícito objetivamente se perfecciona cuando el funcionario o servidor público, abusando del cargo que desempeña en la Administración pública, incrementa ilícitamente su patrimonio" (Salinas, 2019); de ahí que el profesor Rojas Vargas, ha expresado que "es indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del sujeto público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que 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" (Rojas, 2017). Punto claro, a diferencia de lo que sucede en Colombia, que en el Perú este delito no puede ser cometido por un particular, de esta forma, Peña Cabrera nos enseña que "según la redacción de la fórmula legislativa, el delito de enriquecimiento ilícito no abarca al particular que se enriquece, ni al funcionario o servidor público que se enriquece al margen de la Administración pública, contextos de acciones que, en todo caso, son cubiertas por otras figuras delictivas, civiles o administrativas" (Peña Cabrera, 2017). Deja en claro ello, Reategui cuando categóricamente concluye que "solo abarca el incremento del patrimonio o del gasto personal del sujeto público ocasionado a consecuencia del abuso del cargo que tiene o ha tenido en la Administración pública. Pero el abuso del cargo tiene que haber sido imperceptible" (Reátegui, 2014).

c) El elemento "incremento patrimonial respecto de los ingresos legítimos

Nos informa Salinas Siccha que "el delito solo aparece cuando el incremento se ha materializado y no puede determinarse a ciencia cierta cómo se produjo el incremento. Esto es importante saberlo, pues si en un caso en concreto ante el incremento del patrimonio o

gasto personal que el funcionario no puede justificar, se inicia la investigación y se determina que fue a consecuencia de la apropiación de recursos del Estado, la conducta se tipificará como peculado, o se determina que fue a consecuencia de actos de corrupción, la conducta o conductas serán tipificadas como cohecho, etc.”(Salinas, 2019); es importante lo que apunta Abanto cuando señala que “no debe obviarse que el delito de enriquecimiento ilícito es autónomo, pero de carácter residual o subsidiario. La interpretación del hecho punible debe hacerse de acuerdo con los parámetros establecidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada en Mérida (México) en diciembre de 2003 y que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005” (Abanto, 2015). “En efecto, en el artículo 20 de la Convención se establece que cada Estado Parte con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, 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 que no pueda ser razonablemente justificado por él”. (Rojas Vargas f., 2002).

La conclusión es contundente. “Si un funcionario o servidor público incrementa su patrimonio durante el ejercicio de su cargo, cabe presumir razonablemente que se ha enriquecido ilícitamente aprovechándose del cargo, siendo él el único que puede acreditar la licitud del origen de su incremento patrimonial cuando este es ajeno a los ingresos percibidos en su actividad pública regulan. Nadie más que él sabe la procedencia del incremento de su patrimonio solo él puede acreditar razonablemente la legalidad de su procedencia” (Salinas, 2019).

d) Elemento “abuso de cargo”

Peña Cabrera nos dice que “el primer elemento objetivo importante del delito en hermenéutica jurídica es verificar la circunstancia que el agente, siempre funcionario o servidor público, actúe en su propio beneficio patrimonial abusando del cargo que desempeña en la Administración pública. Se entiende por abuso de cargo aquella situación que se produce cuando el sujeto público con la finalidad de obtener beneficio patrimonial indebido hace mal uso del cargo que la Administración pública le ha confiado. Hay abuso de cargo cuando el sujeto público ejerce su función fuera de los casos establecidos por la Constitución, la ley, los reglamentos o directivas de la institución pública o sin la observancia de la forma prescrita, incluso cuando el funcionario hace uso de un poder de su competencia en la forma debida, pero para conseguir un fin ilícito en su propio beneficio o de terceros” (Peña Cabrera, 2017).

Una problemática es si este abuso debe ser durante la duración del cargo, o el ejercicio efectivo de este, al respecto, Reátegui, ha señalado que “...en consecuencia, no es necesario ni imprescindible que el enriquecimiento patrimonial se realice en pleno ejercicio de las atribuciones o funciones del sujeto público para configurarse el delito. Basta que el agente haga valer abusivamente su cargo, así se encuentre de licencia o vacaciones. Es claro que se hará abuso del cargo público siempre y cuando se tenga aún el cargo. Si, por el contrario, el vínculo laboral con la Administración pública concluyó ya sea por vencimiento de contrato, cese, despido, etc., y luego de ello se produce el enriquecimiento, el delito en análisis es imposible que se configure” (Reátegui, 2014).

En esa misma línea nos informa Rojas Vargas, al apuntar que “...de modo que el incremento patrimonial o aumento del gasto personal indebido debe producirse cuando el sujeto público tenga en forma

real, el cargo público. Es irrelevante para efectos de la tipificación, si el incremento ilícito se produce en el periodo específico en el cual el agente, por ejemplo, se encuentra de licencia, vacaciones, permiso, etc. Significa que el periodo que dure el sujeto público en el cargo, debe ser el periodo de la comisión del delito. Muy bien puede presentarse que el sujeto público en determinados días, meses o años incremente su patrimonio en forma ilícita en tanto que en la mayor parte de su desempeño funcional no presente incremento alguno y sus ingresos y gastos coincidan con sus declaraciones juradas de bienes y rentas. Lo relevante de este elemento es considerar que el agente debe experimentar un incremento patrimonial o aumento de su gasto personal de manera ilícita, durante la vigencia del cargo público. No antes de asumir el cargo público ni después de haber cesado en aquel” (Rojas, 2014). En estos supuestos, afirma el mismo Rojas “no significa que quede sin sanción el incremento ilícito del patrimonio, sino que de verificarse serán sancionados por medio de otro hecho punible como por ejemplo el lavado de activos. En tal línea de interpretación, para configurarse este delito no basta que se trate del enriquecimiento de un funcionario o servidor público, sino que necesariamente debe haber vinculación en razón del cargo que ostenta en la Administración pública. La fuente generadora del enriquecimiento del sujeto público” (Rojas, 2014)

e) El elemento típico “incremento ilícito del patrimonio respecto de los ingresos legítimos.

En palabras de Rojas Vargas, “otro elemento objetivo es el incremento ilícito relevante del patrimonio respecto de sus ingresos legítimos normales del sujeto público. Todo a consecuencia del cargo que desempeña en la administración. El incremento debe manifestarse objetivamente cuando se verifica marcada diferencia los sus ingresos legítimos normales que tiene aquel por el cargo de

funcionario o servidor público. El incremento debe ser notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de todos sus ingresos diarios, semanales, mensuales o anuales. Por ejemplo, estaremos ante este elemento objetivo cuando el sujeto público que no desarrolla otra actividad declarada, en un año ha incrementado su patrimonio en 50 000 soles cuando sus ingresos por todo concepto en ese año, fueron de 30 000 es evidente incluso sin considerar los gastos personales o familiares que debió efectuar de los 30 000” (Rojas, 2017).

El profesor nacional Salinas Siccha, ha señalado que “el legislador no ha querido dejar al libre criterio del operador jurídico la determinación del incremento patrimonial para ser subsumido en el tipo penal, sino que en forma taxativa ha previsto que deberá tomarse en cuenta que hay indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio 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, de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita” (Salinas, 2019).

f) El elemento típico “incremento ilícito del gasto económico personal

Otro elemento a considerar lo constituye la verificación del incremento ilícito de los gastos económicos del sujeto público durante el ejercicio del cargo que desempeña en la Administración pública. “Los gastos normales que efectúa el sujeto público de un momento a otro se incrementan de modo relevante y notorio. Este incremento se manifiesta cuando se verifica marcada diferencia con los ingresos legítimos que tiene aquel por el cargo de funcionario o servidor público. Por ejemplo, estaremos ante este elemento objetivo cuando el sujeto público que no desarrolla otra actividad declarada en un año

tiene como ingresos por todo concepto 50 000 soles; sin embargo, en ese mismo periodo se verifica que ha tenido como gastos personales, la suma de 80 000” (Salinas, 2019).

El incremento es evidente incluso considerando que utilizó todos sus ingresos en gastos personales o familiares. En el ejemplo tendría un incremento de 30 000. “El legislador ha dejado al libre criterio del operador jurídico la determinación del incremento del gasto económico personal para ser subsumido en el tipo penal. En forma taxativa ha previsto que el operador jurídico deberá tomar en cuenta que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el incremento del gasto económico personal del sujeto 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” (Abanto, 2015).

“En la práctica, tanto el incremento del patrimonio como el incremento del gasto económico personal del sujeto público, se pondrá en evidencia con las pericias contables o valorativas que el operador jurídico responsable del caso concreto, disponga realizar. No hay otra forma de poner en evidencia tales incrementos. En esta línea, tenemos la ejecutoria suprema del 16 de mayo de 2003, cuando argumenta que “debe meritarse lo señalado por el perito contable, en los debates orales, quien ratificó que existe un incremento patrimonial, no justificado; que estas pericias constituyen medio probatorio indubitable de la comisión del delito contra la Administración pública en la modalidad de enriquecimiento ilícito” (Rojas Vargas F., 2001)

g) El agravante: la condición del agente. Segundo párrafo.

Como la propia jurisprudencia lo señala lo que se evidencia de la lectura gramatical del artículo 401 del Código penal, “el segundo párrafo de la fórmula legislativa contenido en el artículo 401 del Código Penal prevé la agravante del delito de enriquecimiento ilícito. Allí se prevé que la conducta del agente público se agrava y, por lo tanto, será merecedor de mayor sanción punitiva, cuando el cargo ha sido de alta dirección en las entidades u organismos de la Administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional. Para saber cuándo se agrava la conducta, debemos revisar las normas extrapenales que pueden ser constitucionales o administrativas. Normalmente en estas se indica qué cargos son de alta dirección de las empresas y organismos estatales, y también qué funcionarios tienen el privilegio del antejuicio y la acusación constitucional” (Abanto, 2015). Para saber cuándo se agrava la conducta, nos dice el profesor Salinas Siccha “debemos revisar las normas extrapenales que pueden ser constitucionales o administrativas. Normalmente en estas se indica qué cargos son de alta dirección de las empresas y organismos estatales, y también qué funcionarios tienen el privilegio del antejuicio y la acusación constitucional” (Salinas, 2019). Por ejemplo, para saber qué altos funcionarios públicos tienen la prerrogativa del antejuicio, el operador jurídico no tiene otra alternativa que recurrir al artículo 99 de la Constitución vigente. Allí se prevé: “Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes al Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los Vocales de la Corte Suprema; a los Fiscales Supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el

ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas” (texto de la constitución artículo 99).

2.2. Tipicidad subjetiva

De la forma como aparece construida la fórmula legislativa del artículo 401 del Código Penal se deduce que estamos ante un delito solo de comisión dolosa no cabe la comisión por culpa. “El dolo del enriquecimiento ilícito supone voluntad de enriquecerse ilícitamente, así como conocimiento por parte del sujeto público de la tipicidad de sus actos de abuso del cargo o del prevalimiento de su calidad funcional y del enriquecimiento que está logrando por vías de ilicitud. Solo es posible por dolo directo, no es posible su comisión por dolo eventual. El agente sabe y conoce en forma directa que los actos ilícitos que realiza abusando de su cargo incrementarán su patrimonio o, en su caso, su gasto económico personal. El abuso del cargo origina fuentes de enriquecimiento ilícito. Ambos aspectos son abarcados por el dolo directo. Al simple querer enriquecerse por actos ilícitos le es connatural el ánimo de lucro. Esta situación hace imposible separarla del dolo como pretenden Abanto Vásquez y Gálvez Villegas” (Rojas, 2014).

2.3. Penalidad

La norma señala que “Si el agente del delito es acusado por alguno de los supuestos tipificados en el artículo 401 del Código Penal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. En el caso que al agente se le atribuya alguno de los supuestos delictivos recogidos y sancionados en el segundo párrafo del artículo 401 (enriquecimiento ilícito cometido por altos funcionarios de la Nación), la pena privativa de la libertad será no menor de diez ni mayor de quince años. La individualización de la pena, que necesariamente debe ser

fundamentada, dependerá de la forma y circunstancias en que se cometió el ilícito penal” (Código Penal peruano).

De ello podemos decir que “en ambos supuestos, además de la pena privativa de la libertad, se impondrá al agente y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Debemos dejar establecido que la modificación producida al contenido del artículo 401, primero por la Ley N° 29703, y luego por la Ley N° 29758, ha excluido la pena de inhabilitación que contenía el citado numeral antes de la modificatoria. Esta exclusión resulta razonable y correcto. La sola existencia en nuestro Código Penal del artículo 426 es suficiente para concluir que también la comisión del delito de enriquecimiento ilícito trae como consecuencia la pena de inhabilitación junto a la pena privativa de la libertad. El juez, al momento de aplicar la pena que corresponda al acusado imperativamente, tendrá que imponer pena privativa de la libertad e inhabilitación accesoria, es decir, la inhabilitación será por el tiempo que dure la pena privativa de la libertad. Antes de la modificatoria, era redundante que también en el contenido del artículo 401 se hiciera mención de la pena de inhabilitación. Ello evidenciaba falta o deficiente técnica legislativa del legislador. Este aspecto finalmente se ha superado, pese a que los medios de comunicación masiva se mostraban sorprendidos y pedían se vuelva al estado anterior de las cosas”. (Siccha, 2009)

3. Derecho comparado: el delito de enriquecimiento ilícito desde legislación comparada

3.1. Argentina

Artículo 268:

“Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento 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 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 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)

3.2. Colombia

Artículo 412:

“El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) 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 seis (6) a diez (10) años”.(artículo 412)

3.3. Costa Rica

Artículo 45. Ley 8422 contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, de 6 de octubre de 2004.

“Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interpósita persona física o jurídica, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecten a su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social

tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas”. (artículo 45)

3.4. Ecuador

Artículo 296:

Inciso 1 “Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, generado por actos no permitidos por las leyes, y que, en consecuencia, no sea el resultado de ingresos legalmente percibidos” (inciso 1).

Inciso 2 “El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de uno a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito” (inciso 2)

Inciso 3. “Son aplicables los dos artículos enumerados anteriores a quienes, como funcionarios o empleados, manejen fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social” (inciso 3)

3.5. Chile

Artículo 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 patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio” (primer párrafo).

“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” (párrafo 2).

“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 art. 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” (párrafo 3).

3.6. El Salvador

Artículo 333:

“El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo o de sus funciones obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años. En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para simular el incremento patrimonial no justificado. En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por el mismo tiempo” (artículo 333)

3.7. México

Artículo 244

“Se sancionará a quien, con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de

los Servidores Públicos. Incurrir en responsabilidad penal, asimismo, quien haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiera o haya adquirido en contravención de lo dispuesto en la misma Ley, a sabiendas de esta circunstancia” (artículo 224).

3.8. Paraguay

Artículo 3 de la Ley 2523/04, que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la función pública y el tráfico de influencias.

“1) Comete hecho punible de enriquecimiento ilícito y será sancionado con pena privativa de libertad de uno a diez años, el funcionario público comprendido en cualquiera de las situaciones previstas en el Artículo 2º, quien con posterioridad al inicio de su función, incurra en cualquiera de las siguientes situaciones: a) Haya obtenido la propiedad, la posesión, o el usufructo de bienes, derechos o servicios, cuyo valor de adquisición, posesión o usufructo sobrepase sus legítimas posibilidades económicas, y los de su cónyuge o conviviente. b) Haya cancelado, luego de su ingreso a la función pública, deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio, el de su cónyuge o su conviviente, y sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y de afinidad, en condiciones que sobrepasen sus legítimas posibilidades económicas” (inciso 1).

3.9. Venezuela

“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, y que haya sido requerido debidamente para ello y que no constituya otro delito, será sancionado con prisión de tres (3) a diez (10) años. Con la misma pena será sancionada la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado”.

III. METODOLOGÍA EMPLEADA

3.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

3.1.1. Por su finalidad

La investigación es cualitativa, dado que aporta conocimiento acerca del delito de enriquecimiento ilícito en el Código Penal Peruano, la misma que solo puede expresar resultados se en palabras, siendo que esta no procesa y aplica métodos estadísticos.

3.1.2. Por su alcance

La investigación es en línea descriptiva porque describe la realidad jurídica del contexto nacional.

3.2. POBLACION Y MUESTRA DE ESTUDIO

3.2.1. Población

Siendo que la investigación es cualitativa, y descriptiva, la población la conforma el material bibliográfico jurídico, entre ellos comprenden, libros, revistas jurídicas, libros virtuales, Pdf., trabajos de investigación como artículos, ensayos y tesis para obtención de licenciaturas y grados, así como artículos de aporte jurídicos realizados por académicos especializados. así como el derecho comparado.

3.2.2. Muestra

La muestra lo conforma los libros físicos, virtuales, revistas jurídicas, trabajos de investigación de aporte jurídico y que guarden relación con la investigación que se realiza.

3.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño empleado, es un diseño no experimental, porque la investigación es un fenómeno que se da en el contexto jurídico nacional, situaciones persistentes en el sistema de justicia.

3.4. MÉTODOS

- **Método Deductivo**

Con este método, se pudo llegar a determinar que es necesario establecer la modificatoria del delito de enriquecimiento ilícito, partiendo del conocimiento general que nos brinda la doctrina y todo el material bibliográfico utilizado.

- **Método Analítico- sintético:**

Respecto este método se analizó todas las consecuencias de la modificatoria, que sustentan la postura asumida en la investigación (analítico) para llegar unificar el conocimiento que permita derivar en los resultados y las conclusiones (sintético).

- **Método Comparativo:**

Dicho método permitirá comparar el tratamiento jurídico que otros ordenamientos jurídicos han propuesto respecto del delito de enriquecimiento ilícito en el código penal peruano.

- **Método Hermenéutico:**

Este método facilitó la posibilidad de poder interpretar los alcances jurídicos del delito de enriquecimiento ilícito, como líneas directrices que fundamentan la necesidad de establecer su modificatoria.

- **Método Doctrinario:**

Método referido básicamente al análisis de la dogmática, en las ciencias jurídicas específicamente las ideas de los juristas y doctrinarios, referido a temas jurídicos de relevancia. Este método fue de utilidad, para seleccionar información con bases

doctrinarias, extrayendo las distintas posiciones referidas al delito de enriquecimiento ilícito.

- **Método Dialectico:**

Este método permitió comprender las diferentes posiciones doctrinarias respecto del delito de enriquecimiento ilícito.

3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

3.5.1. Técnicas

3.5.1.1. Análisis bibliográfico

El análisis bibliográfico se usó para recoger la información pertinente con la investigación.

3.5.1.2. Análisis de documentos

Esta técnica se usó para poder analizar las teorías relacionadas a la investigación, así como analizar los diversos textos jurídicos con aporte a las variables de estudio, así como el análisis de información de blogs en páginas web, revistas especializadas y jurisprudencia nacional e internacional, como es en el caso del derecho comparado de los diversos países vecinos.

3.5.2. Instrumentos

3.5.2.1. Fichas bibliográficas

El instrumento se aplicó con el único fin de mejorar y ordenar la recolección de la información.

3.5.2.2. Guía de análisis de documentos

Esta guía sirvió para estudiar el material bibliográfico y clasificado según las variables de estudio, que se encontró en diverso material bibliográfico.

3.6. PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS

Para el procesamiento y análisis de datos, se procedió a la búsqueda de jurisprudencia, casaciones, acuerdos plenarios en el cual se evidencie el problema jurídico que adolece en el contexto nacional, posterior a ello se procedió a realizar las fichas bibliográficas para la clasificación y el orden,

Se procedió a encontrar jurisprudencia relacionada con el presente tema de investigación; posteriormente se procedió a ordenarla para después leerla y analizarla, de la información obtenida sirvió para plasmar nuestra realidad problemática, así como la construcción del marco teórico y asimismo el aporte de investigaciones anteriores de los distritos judiciales. Luego se procedió a elaborar el análisis y discusión de resultados, para finalmente pasar a redactar las respectivas conclusiones.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS EN TORNO AL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO; PROPUESTA NORMATIVA

A. Regulación expresa de su carácter subsidiario

Se ha discutido en la doctrina sobre el carácter subsidiario de este delito, hay quienes sostienen que el tipo penal ostenta esa característica, y, otro sector, que sostiene que ello no es así, por lo que, para evitar futuras situaciones de inseguridad jurídica o aplicaciones disimiles, este carácter subsidiario se regule de manera expresa en el tipo penal respectivo.

Entrando al análisis de este primer punto debemos señalar que tal y como afirma Bramont Arias, la subsidiaridad debe entenderse, por el término subsidiarias aquellas acciones realizadas por los sujetos activos que no sean abarcadas por los alcances típicos de otros de otros delitos (Abanto, 2001). Con respecto al delito de enriquecimiento ilícito, la subsidiaridad tiene como fin evitar la impunidad, debido a que, permite que, ante el procesamiento de otros delitos en los que no se encuentre medios de prueba para acreditar los elementos típicos de ese delito, pero si exista aumento patrimonial de un funcionario público en ejercicio de su cargo pueda, que no pueda ser justificado, se pueda aplicar el delito de enriquecimiento ilícito, evitando de este modo una absolución, a pesar de que se afecta el adecuado funcionamiento de la administración pública.

Ahora bien, el carácter subsidiario del delito materia de análisis se concreta en sentido que “en un caso concreto, si se puede comprobar qué tipo penal funcional es el que se cometió, ya no es necesario aplicar enriquecimiento ilícito” (Bramont Arias, 2017); o, dicho, en otros

términos, cuando el sujeto se enriquece producto de la comisión de otro delito contra la administración pública, como lo podrían ser el peculado, el cohecho la colusión entre otros, no estaremos frente a la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, debiendo el autor soportar la percusión penal por el delito funcional por el que obtuvo la riqueza. Este delito entonces se configura como dice Prado (1996) cuando se verifica la configuración de algún otro delito de función realizado por parte del sujeto activo. Se aplicará este delito a falta de la realización de un delito contra la administración pública que tenga el carácter de principal que lesione el correcto funcionamiento de la administración pública (delitos contra la administración pública).

Ahora bien, podemos concluir hasta aquí señalando que la doctrina en forma mayoritaria se decanta por la defensa del carácter subsidiario del delito objeto de análisis, sin embargo, y en contrapartida un sector reducido de la doctrina alimenta la idea de que estamos frente a un delito autónomo y no subsidiario, así pues, Gálvez Villegas enseña que “este es un delito autónomo, y por eso piensa que cabe concurso ideal y que se puede sancionar por ambos delitos. Por el delito que creó el incremento y además por el enriquecimiento ilícito. Al respecto, considera él que no es subsidiario, porque si fuera así tendría que decirlo expresamente la ley”. (Gálvez, 2017); sin embargo, nuestra jurisprudencia en el Acuerdo Plenario 3-2016 CJ/116, ha señalado categóricamente que “el enriquecimiento ilícito debe derivarse de la comisión de modalidades inominadas 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 “(FJ. N° 13); continua la Corte Suprema precisando al respecto que “...sólo en la medida en que el enriquecimiento ilegal no sea efecto o derive de la realización de otro delito funcional, como los

antes mencionados, será posible subsumirlo en la tipicidad del artículo 401° del Código Penal. Se trata, pues, de un presupuesto negativo implícito en la construcción legal y sistemática de dicho tipo penal” (FJ. N° 13). Lamentablemente, nuestra Corte Suprema, un tiempo atrás, no tenía el concepto tan claro como el plasmado en la casación a la que se acaba de hacer alusión, cuando resolvió el caso Kouri, causa que terminó con la condena del ex congresista por dos delitos: el de “cohecho pasivo propio” y además el delito de enriquecimiento ilícito, utilizando la figura del concurso ideal, cuando lo que existe en esos casos es un concurso aparente que se resuelve por la aplicación del tipo penal principal, en desmedro del subsidiario (especialidad).

Continuando con el desarrollo de esta primera problemática, resulta más que interesante la posición académica apuntada por Abanto Vásquez, para quien “el tipo penal de enriquecimiento ilícito se aplique como tipo residual auténtico cuando el enriquecimiento provine de otros delitos perseguibles penalmente; como tipo autónomo para los casos en los cuales el enriquecimiento provenga de conductas que no impliquen la comisión de delitos (aunque si por lo menos la infracción grave de deberes funcionales o que, pese a suponer la comisión de delitos, no sea posible la persecución penal” (abanto, 2001). Sin embargo, frente a ello es correcta la respuesta de Peña Cabrera cuando señala que “cuando se dice que el tipo penal del artículo 401° del Código Penal puede aplicarse como figura “autónoma”, cuando se cometa infracción grave al deber funcional que no constituya delito, somos de la consideración que el enriquecimiento, a que hace alusión el precepto, solo puede tomar lugar cuando provenga de la comisión de hechos delictivos, si su origen son infracciones graves, la consecuencia jurídica será una sanción administrativa y, no penal” (Peña Cabrera, 2017).

Peña Cabrera Freyre quien es opositor a la teoría de la subsidiaridad del tipo penal de enriquecimiento, abdica tácitamente a esta postura pues sugiere que en todo caso debiera legislarse de forma expresa ese carácter subsidiario como lo hace el legislador colombiano. Así pues, este autor nacional señala que “la racionalidad de la respuesta punitiva, es un postulado esencial de todo derecho penal democrático, no obstante, debe anotarse que dicha respuesta debe también conciliarse con la realidad social y con la legalidad penal imperante; siendo que, según nuestro derecho positivo, son dos circunstancias distintas, por ejemplo, de apropiarse de caudales públicos y, otra que como consecuencias de dichos actos y otros, el funcionario público logre incrementar ostensiblemente su patrimonio personal. Empero, si queremos sujetar el derecho punitivo, a una menor descarga coactiva, podría seguirse la formula normativa, utilizada por el legislador colombiano, cuando condiciona la punición por enriquecimiento ilícito, a que el hecho no constituye otro delito” (Peña Cabrera, 2017).

Por su parte, afirma Nakazaki que, si estamos frente a un delito subsidiario, y no se puede sancionar por el delito previo contra la administración pública, y luego por el delito de enriquecimiento, pues ello vulneraría la garantía del principio de *ne bis in idem*. El profesor nacional señala, entonces que “hay que decir que en el único supuesto en el que haya de excluirse la posibilidad de imponer tales sanciones es en el caso de que quede probado el delito contra la Administración Pública del que supuestamente procede el incremento patrimonial. Estaríamos, por tanto, ante un supuesto de concurso aparente de normas y que, en atención a las exigencias derivadas de la vigencia del principio *ne bis in idem*, no puede imponerse una sanción penal por el delito previamente cometido y otra, esta vez, por obtener el propósito lucrativo perseguido” (Nakazaki, 2006). Continúa el abogado peruano señalando que “...conviene no olvidar que lo que lleva a la incriminación del

enriquecimiento ilícito es, precisamente, la enorme dificultad de probar el delito concretamente cometido por el funcionario corrupto; por tanto, una vez demostrado éste y, puesto que en la mayor parte, los delitos contra la Administración Pública ya conllevan un enriquecimiento, quedará vedada la aplicación de esta figura que debe entenderse como subsidiaria; sin perjuicio, claro está, de que los bienes producto del delito hayan de ser necesariamente decomisados” (Ibídem).

De la misma forma Salinas también señalan que “teniendo en cuenta que el delito en análisis es residual, al producirse sin justificación razonable, el incremento del patrimonio o del gasto económico personal del sujeto público durante el desempeño del cargo público, el delito se evidencia; pensar en contrario, no tendría sentido. Lo residual del hecho punible de enriquecimiento ilícito significa que no hay forma de acreditar que el agente público ha cometido tal o cual delito anterior, sin embargo, aparece acreditado el incremento de su patrimonio o de su gasto personal en el periodo del ejercicio de su cargo público. Caso contrario, si, por ejemplo, se llega a determinar que el sujeto público incrementó su patrimonio por la comisión del delito de robo agravado, será investigado, juzgado y sancionado por ese delito, mas no por enriquecimiento ilícito; de igual forma, si llega a determinarse que el agente público incrementó su patrimonio por el delito de peculado, aquel será investigado, juzgado y sancionado por este delito descartándose el de enriquecimiento ilícito. Y esto es así debido a que tal como lo indica el mismo profesor Gálvez Villegas, estamos frente a supuestos de agotamiento del delito previamente cometido. En tal sentido, el posterior incremento patrimonial, aun cuando objetivamente realice el tipo del enriquecimiento ilícito, resulta subsumido por el tipo penal previo, en cuanto a su tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Es más, Gálvez Villegas, citando al argentino Carlos Creus, señala que el agotamiento como fase del iter criminis es igual para todos los ordenamientos penales. Estos

casos de agotamiento se consideran consumidos por el tipo penal previo al enriquecimiento, justamente porque pretender una nueva punición implicaría una infracción al principio de garantía ne bis in ídem. De modo que por su naturaleza residual el enriquecimiento ilícito es punible cuando se acredita un desbalance patrimonial que no tiene como correlato la comisión de un hecho punible específico sancionado previamente. Ello trae como lógica consecuencia la imposibilidad de un concurso de delito entre un delito de tipo penal específico y el enriquecimiento ilícito” (Gálvez, 2016).

Desde mi óptica la seguridad jurídica y la aplicabilidad de forma subsidiaria que tiene el tipo penal bajo análisis, obliga a que se necesario, como sostienen incluso los detractores del carácter subsidiario del delito de enriquecimiento ilícito, regular de forma expresa mediante una modificación de lege ferenda el carácter subsidiario de este delito, ello con el fin de que se respete el principio de legalidad y no se afecte otros principio como el de non bis in ídem o la misma seguridad jurídica, como sucede por ejemplo con el tipo penal de que contiene el delito de falsedad genérica (artículo 438 del Código Penal) que emplea la fórmula: “...que no esté especificado en los capítulos precedentes...”, o utilizar algunas otras expresiones legislativas que de no dejen lugar a dudas sobre la residualidad de este delitos, como es el caso de Colombia que en donde se señala de forma expresa de la siguiente forma: “El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito...”; o la de Chile en la que se enuncia de forma expresa también la residualidad de este delito al prescribir que: “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”; o la prescripción utilizada por el código penal de Venezuela que prescribe de forma expresa el carácter subsidiario del enriquecimiento ilícito de la siguiente forma: “El funcionario público que hubiere obtenido en el ejercicio de sus funciones un incremento patrimonial desproporcionado con relación a sus ingresos, que no pudiese justificar, y que haya sido requerido debidamente para ello y que no constituya otro delito”, misma fórmula que emplea la legislación ecuatoriana, o la utilizada en Puerto Rico, que se decanta por la descripción: “sin incurrir en algunos de los delitos de este capítulo”.

B. La entidad del incremento como elemento típico

Como ya se había señalado este es un delito contra la administración pública, es decir, un delito que tiene como bien jurídico general el adecuado y correcto funcionamiento de la administración pública, es decir, no se sanciona el incremento como tal y el beneficio en términos patrimoniales que tenga el sujeto activo, que por cierto debe ser un funcionario y servidor público, sino que el dinero provenga de las actividades realizadas por el funcionario de actos realizados durante el periodo de tiempo comprendido entre el inicio de sus función como funcionario y su cese de tal actividad; sin embargo, se sostiene en esta investigación que el tipo penal de enriquecimiento, debe contener dentro de sus alcances típicos la entidad del incremento patrimonial que experimenta el sujeto activo, pues no, cualquier incremento debe sancionarse, sino que revista una entidad suficiente patrimonialmente con el que se pueda ver afectado el Estado y su funcionamiento. Se señala esto, porque al tipo penal de enriquecimiento también se le puede hacer un análisis en función al riesgo permitido, y con ello descartar la existencia de la creación de un riesgo penalmente relevante cuando nos encontremos frente a un incremento patrimonial insignificante.

Lo dicho tienen sustento en lo señalado por el profesor Fidel Rojas(2001), cuando de forma expresa ha señalado que el incremento que se debe verificar para la configuración del delito materia de análisis en la presente investigación debe tener una entidad que implique una “notoriamente superior al que normalmente haya podido obtenerse en virtud de los ingresos que ya sea semanal, mensual o al año percibe”, nótese que el destacado maestro nacional, explica que la diferencia entre el incremento y los ingresos, a nivel patrimonial debe notoria, es decir, debe ser significativa, de lo contrario, no estaríamos frente a los alcances del tipo penal analizado. De mismo modo, apunta el profesor Salinas Siccha (2019), que el incremento no puede ser “cualquiera” sino que debe ser notoriamente significativo, es decir, que existe una diferencia importante o trascendente entre los ingresos y la declaración de rentas que haga el sujeto activo del delito.

Sostengo que, si bien es cierto, Salinas Siccha (2019), avala la necesidad de que el incremento sea significativo, me nuestro contrario, cuando señala que “el legislador no ha querido dejar al libre criterio del operador jurídico la determinación del incremento patrimonial para ser subsumido en el tipo penal, sino que en forma taxativa ha previsto que deberá tomarse en cuenta que hay indicios de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio 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, de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”, ya que si bien es cierto, en el artículo 401 en el tercer párrafo del Código Penal, señala, lo que denomina “indicios de enriquecimiento”, ello no está contenido como un elemento del tipo penal, sino que lo que hace es brindar un alcance, para que a nivel procesal y en relación a lo que se

puede probar en ese momento procesal, el juez pueda tener en consideración, es más una regla de indicio revelador contenido en un tipo penal y no un elemento constitutivo del tipo penal, porque en realidad la prescripción contenida en el artículo 401 del Código Penal, ni siquiera está regulado con elementos delimitadores que describan una conducta delictiva, sino meras circunstancias (Peña Cabrera, 2017). Incluir una regla probatoria, dentro de la tipicidad del delito en análisis o describir una situación que constituye un indicio del incremento patrimonial injustificado, desborda la función del tipo penal y al mismo tiempo vulnera el principio de legalidad en su manifestación de “determinación de la ley penal”. Esta prescripción de “notoriamente superior ...” contenida en el tercer párrafo, no es más que la recepción de una máxima de experiencia que podría tener en cuenta el juez a la hora de resolver el caso.

Se está de acuerdo con el profesor Pariona Arana, cuando critica la regulación del delito de enriquecimiento, al sostener que, es una prescripción que contiene situaciones y no una construcción típica coherente y sostenida, y al señalar la trascendencia del incremento como parámetro de indicio, lo que se ha hecho es incorporar indebidamente una “regla” de prueba indirecta, para inferencia o deducción del comisión de un delito y no un elemento del tipo penal, por lo que es necesario, en la construcción típica del delito, en su mismo primer párrafo señalar que el incremento del funcionario es notoriamente superior en función de las rentas que ha obtenido mientras realizaba su actividades propias de la función pública.

Ello si lo han establecido otros países como elementos típicos, así, por ejemplo, en Venezuela se ha señalado que: *“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, y que haya sido requerido debidamente para ello y que no constituya otro delito, será sancionado con prisión de tres (3) a diez (10) años.... Se puede notar aquí, que este país utiliza el término “desproporcionado”, para referirse lógicamente a que este debe ser significativo y no cualquier incremento, es suficiente para la configuración típica de este delito. El legislador venezolano, no lo ha regulado como indicio de prueba, pues ello no corresponde a los tipos penales, sino a las valoraciones que en el caso concreto el legislador realice, sino que lo establecido como un elemento propio del delito, con lo cual se excluyen incrementos patrimoniales “insignificantes” lo que es coherente con el principio de creación de un riesgo penalmente relevante como criterio de la teoría de la imputación objetiva.

Muchísimo más específico y sin lesionar el principio de determinación de los tipos penales, es el ordenamiento jurídico paraguayo en donde se ha establecido expresamente supuestos, típicos y conductas concretas en los que se puede determinar que el incremento debe ser sustancial y no ínfimo para que la conducta sea subsumida dentro de los alcances del tipo penal de enriquecimiento ilícito. Así la legislación de Paraguay señala: *“a) Haya obtenido la propiedad, la posesión, o el usufructo de bienes, derechos o servicios, cuyo valor de adquisición, posesión o usufructo sobrepase sus legítimas posibilidades económicas, y los de su cónyuge o conviviente. b) Haya cancelado, luego de su ingreso a la función pública, deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio, el de su cónyuge o su conviviente, y sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y de afinidad, en condiciones que sobrepasen sus legítimas posibilidades económicas” (inciso 1)*. Como puede apreciarse, esta legislación si recoge conductas, necesarias en un tipo penal para evitar lesiones al principio de legalidad, y además señala que con ello la

significancia del incremento.

En Argentina se utiliza un término muy claro dentro de la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, para hacer alusión a que el incremento del patrimonio del sujeto pasivo debe ser significativo: **“apreciable”**, además también de señalar que este tipo también se puede configurar cuando el sujeto activo paga deudas o extingue deudas que rebasan su capacidad económica. De esta forma, en Argentina se señala en su norma penal que: *“será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que, al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial **apreciable**”*

C. El cuestionable elemento típico: “abusando de su cargo”

La Corte Suprema ha precisado en la casación 277-2018 Ventanilla que el delito de enriquecimiento ilícito tiene como elemento el incremento del patrimonio del funcionario o servidor público. Ha dicho la Suprema que “El primer elemento objetivo del delito de enriquecimiento ilícito es el abuso del cargo por el agente público. Se trata de aquella situación en que éste hace mal uso del cargo para obtener un beneficio patrimonial indebido, pero que se circunscribe a la calidad que el agente público tiene dentro de la Administración, no al abuso de atribuciones o funciones. El segundo elemento estriba en (i) el incremento en el patrimonio o en los gastos del sujeto activo y que no guarda proporción con sus ingresos por cualquier causa lícita –lo que abarca todos los actos de incorporación de bienes al patrimonio como la disminución de pasivos–. (ii) El incremento ha de ser, en todo caso, ilícito; esto es, su origen ha de estar constituido por actos no ajustados a derecho según los deberes del funcionario –el mal uso del cargo público debe causar el enriquecimiento–. Desde el

resultado típico se requiere (iii) el incremento del patrimonio del agente público como consecuencia del abuso del cargo oficial que ostenta. Se sanciona, pues, el hecho de enriquecerse a costas del poder público. El delito de enriquecimiento ilícito es un delito de posesión; es decir, el núcleo del injustoyace en que el sujeto activo –agente oficial– posee bienes obtenidos de fuente ilícita, por lo que no se está sancionando un acto puntual sino una situación de enriquecimiento ilícito del patrimonio del funcionario” (Casación277-2018 Ventanilla).

El elemento “abusando de su cargo” trae como inconveniente no menor que como sostiene Reátegui (2016) se debe interpretar de forma tal que es necesario que el Ministerio Público, no solo deba acreditar que existe un incremento injustificado del patrimonio del funcionario público, sino que además debiera probar, en función del principio de imputación necesaria, las acciones realizadas por el sujeto activo en las que de manera concreta haya realizado actos de abuso de su cargo, es decir, el fiscal, como ente persecutor, debiera acreditar cuales fueron los actos de abuso de cargo, que permitieron la obtención de bienes para poder incrementar su patrimonio, pues, de lo contrario, esto es, si se hubiere solo acreditado el incremento patrimonial injustificado, sin precisar cuáles fueron los actos de abuso de autoridad que originaron este incremento de su patrimonio, la conducta devendrá en atípica. En suma, tal y como está regulada la conducta del delito de enriquecimiento ilícito, y en virtud del elemento “abuso de cargo”, no sería típica la conducta en donde solo se logre comprobar la existencia de actos paulatinos o secuenciales durante la vigencia del cargo que desempeñe en funcionario, es decir, el enriquecimiento durante el tiempo que ejerció la función pública (Montoya, 2012)., ello debido a que el tipo penal no señala “durante el ejercicio de la función” sino hace alusión al abuso de cargo, por lo que no basta acreditar la temporalidad en el ejercicio del cargo de parte del

sujeto activo, es decir, que el incremento patrimonial injustificado se haya realizado durante el tiempo en que desempeñó la función pública, funcionario, sino qué actos que constituyen abuso de cargo realizó y que estos actos haya traído como consecuencia un incremento del patrimonio, como señala Salinas Siccha (2019).

El problema se originó con la última reforma que se hizo del artículo 401 del Código Penal donde se reemplazó la expresión “*durante el ejercicio de sus funciones*”, por el de “abuso de su cargo”, de tal manera que si observamos la norma anterior esta expresaba los siguiente:

“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 menos de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”

No se entiende el cambio del legislador, pues lo que hizo es presentar una figura que pone en peligro poder la tarea acreditativa del fiscal, lo que podría conducir a una impunidad, pues la defensa, como expresa el maestro y fiscal Trujillano Guillermo Bringas (2019) podría hacer que la defensa tenga como estrategia del caso sostener que el elemento típico “abuso de cargo” no se ha acreditado, solicitando que el caso deba sobreseerse o, si se está en juicio deba, absolverse. La reforma que impuso el legislador, obliga a que para entender los alcances de este elemento del tipo penal se tenga que recurrir a una interpretación histórica del tipo penal, en el que siempre se hizo alusión al elementos temporalidad en el ejercicio de la función pública para determinar el enriquecimiento, y además a tener que poder apelar a la importancia del bien jurídico protegido para que de este modo el elemento “abuso de

cargo” siga teniendo el contenido que siempre debió tener “durante el ejercicio de la función pública”.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, al señalar que se debe apelar a una interpretación histórica pues durante todo el desarrollo de la figura típica nunca se ha hecho alusión al “abuso de cargo” salvo la reforma del año 2016, por lo que el núcleo central de la figura no debe entenderse variado sin o que debe su alcance y contenido sigue siendo que el enriquecimiento se haya realizado durante el ejercicio de cargo. (Véase casación 782-2015 Santa y la casación 343- 2012); en suma y como señala Salinas Siccha (2019), esta alocución se debe entender como que “si un funcionario o servidor público incrementa su patrimonio durante el ejercicio de su cargo, cabe presumir de forma razonable que se ha enriquecido ilícitamente aprovechándose del cargo” (Salinas, 2019).

De todo lo dicho; si bien es cierto, es claro, como señala Reátegui Sánchez (2016) que, si el vínculo de la función pública del sujeto con la administración pública termina, por cualquiera de los motivos señalados en la ley no se podría configurar este delito, pues ya no se encuentra el sujeto activo bajo el ámbito temporal del ejercicio de la función efectiva del cargo, de ahí que no se puede configurar el delito cuando el enriquecimiento se produce antes o después del ejercicio del cargo público; sin embargo la reforma es muy peligrosa, pues la doctrina y hasta la jurisprudencia están haciendo una interpretación que podría cambiar de acuerdo al juez que tenga que resolver la causa por lo que es urgente que se retorne a establecer como elemento del tipo “durante el ejercicio del cargo”, a fin de no lesionar la predictibilidad de las declaraciones judiciales dentro del gran valor supremo de la seguridad jurídica y la justicia.

En el ámbito del derecho comparado, la cuestión es más clara, así tenemos que en el Código Penal de Chile se señala expresamente el elemento temporalidad en el que el funcionario ha desempeñado función pública y en ese interregno de tiempo se ha enriquecido de manera injustificada, véase que el texto procesal chileno prescribe: *“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 patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio”* (artículo 241 bis)). Puede observarse de forma fácil, el código chileno, siguiendo la tendencia de la legislación comparada si hace alusión al tiempo en el que se ejerce el cargo público, como tiempo en el que se debe producir el enriquecimiento por parte del funcionario sujeto activo, a diferencia de lo que sucede en el Perú.

En Ecuador, se hace alusión al desempeño del cargo, como elemento temporal donde se debe realizar el incremento patrimonial, por lo que, a diferencia de lo que sucede en el Perú, se prescribe, en el país norteamericano, que el enriquecimiento debe ser a consecuencia del desempeño del cargo, entendiéndose como tal, el tiempo en el que funcionario ejerce el cargo público. Así el Código Procesal Penal prescribe: *“Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, generado por actos no permitidos por las leyes, y que, en consecuencia, no sea el resultado de ingresos legalmente percibidos”* (inciso 1 del artículo 296).

Lo mismo sucede en Venezuela donde el artículo 73 de la ley de corrupción expresamente señala que *“El funcionario público que hubiere obtenido en el ejercicio de sus funciones un incremento patrimonial desproporcionado con relación a sus ingresos, que no pudiese justificar, y que haya sido requerido debidamente para ello y que no constituya otro delito, será sancionado con prisión de tres (3) a diez (10) años. Con la misma pena será sancionada la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado”*. Podemos ver en esta regulación que la ley venezolana también asume el criterio del tiempo en que dure el cargo por parte del funcionario público como parámetro temporal para poder establecer de forma concreta que se está frente a la figura típica del enriquecimiento ilícito, a diferencia de lo que pasa en el Perú, donde peligrosamente se ha regulado como elemento “el abuso de cargo” lo que, como ya se dijo, puede acarrear problemas probatorios y, en consecuencia, podría generarse impunidad, lo que representa un retroceso en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la función pública.

D. La indebida “inversión de la carga de la prueba”

En ese delito “Las fuentes internacionales, hacen mención a la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito, y de acuerdo a las causales la carga de probar, está circunscrita a demostrar la existencia del incremento patrimonial de un funcionario público, cuando son muy superiores a los que regularmente hubiera podido alcanzar como resultado de sus ingresos legítimos; y es a partir de ese instante, en que se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al funcionario el deber de acreditar que ese incremento desmesurado, ha tenido una causa justificada lícita” (Casación N° 953- 2017 Lima)

Es necesario señalar siguiendo a la jurisprudencia que “el enriquecimiento ilícito es un delito de abuso funcional por parte del sujeto

cualificado -el funcionario o servidor público-. No es un delito de no justificación razonable del incremento patrimonial, por parte del sujeto activo” (RN 2939-2015, Lima), señala esa misma jurisprudencia nuestra Corte Suprema que “bajo ningún concepto es de asumir que exista una inversión de la carga de la prueba, por la concurrencia eventual de un indicio de falsa justificación. Tal interpretación vulneraría la presunción de inocencia; excluiría inconstitucionalmente al Ministerio Público de su obligación de probar la imputación, y restringiría el derecho del acusado a guardar silencio frente a la acusación formulada en su contra” (ibídem); lo que esta resolución del máximo órgano de impartición de justicia ordinaria en el Perú, es que, el simple hecho de no poder justificar el incremento patrimonial, no es suficiente para poder imputar responsabilidad por el delito de enriquecimiento ilícito sino que también es necesario, que se acredite que ese incremento es a causa de que el funcionario o servidor realizó actos de abuso funcional y que de ahí surge el incremento, pues este es un delito de abuso funcional, pensar lo contrario sería romper el orden constitucional e invertir la carga de la prueba a cargo del fiscal, principio rector del orden penal. No se debe perder de vista que ese ingreso desmedido debe ser durante el tiempo que el funcionario o servidor desempeñen el cargo, y no antes ni después como lo ha señalado el acuerdo plenario N° 3- 2016 de la Corte Suprema.

Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que “El último párrafo del artículo 401 del Código Penal incorpora una presunción legal relativa. Este párrafo tiene una estructura integrada por tres elementos básicos:1. El hecho base o indicio (incremento patrimonial o gasto económico notoriamente superior a sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por causa lícita).2. El hecho presumido (existe indicio de enriquecimiento ilícito), y, 3. El nexo o relación existente entre ellos (cargo público, incremento patrimonial e incongruencia respecto de sus ingresos lícitos declarados). La acusación

debe probar el hecho base, y el hecho presumido es derrotable, es decir, puede probarse que, aunque se dé el antecedente o hecho base, no se produce en el caso concreto en consecuencia (enriquecimiento ilícito)” (Casación 277-2018 Ventanilla).

Me quedo con la aseveración de Salinas Siccha, para quien, si es el funcionario o servidor que tiene un incremento exagerado de su patrimonio “es a él a quien corresponde acreditarlo, no a quien carece de recursos para tal efecto como es el Ministerio Público; y esto de ninguna manera constituye inversión de la carga de la prueba como alegremente se indica. En el proceso penal, si el imputado o acusado alega hechos impeditivos, excluyentes o extintivos de la acción penal, está en la obligación de acreditarlos. Al fiscal solo le corresponde acreditar el incremento del patrimonio respecto de los ingresos legítimos del sujeto público. Opera algo así como una presunción iuris tantum de enriquecimiento ilícito. El imputado puede desvirtuar aquella presunción defendiéndose, acreditando para tal efecto, la licitud de la procedencia del incremento patrimonial puesto en evidencia. Del concepto ensayado podemos evidenciar que la fórmula legislativa del delito en hermenéutica jurídica se construye sobre la base de varios elementos objetivos que sin duda alguna le dan autonomía, los mismos que pasamos a explicar en forma pedagógica” (Salinas, 2019).

A nivel del derecho comparado, es ejemplar para efectos de preservar el principio de presunción de inocencia, y deslegitimar la mal entendida “inversión de la carga”, la regulación del Código Penal Chileno, norma, en la que no solo se ha establecido que es obligación del fiscal acreditar el enriquecimiento injustificado, sino que inclusive, luego el funcionario, puede iniciar acciones de indemnización por los daños contra el denunciante y además las acciones penales por el delito delitos contra el honor, de esta forma la normatividad chilena señala de forma expresa lo

siguiente: “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 art. 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” (párrafo 3). El párrafo 3 del artículo 241 bis de Chile es claro y contundente y no deja lugar a dudas respecto de la obligación del fiscal de ser el director de la investigación y quien ostenta el deber de la carga de la prueba.

Con el desarrollo de esta temática, y teniendo en cuenta los fundamentos doctrinarios, jurisprudenciales y el derecho comparado, así como los instrumentos internacionales sobre la materia, proponemos que la redacción del tipo penal de enriquecimiento ilícito debe ser:

"El funcionario o servidor público que incrementa su patrimonio con obtención de dinero, cosas o bienes, o hubiere extinguido obligaciones pecuniarias que pesaban sobre él, de forma considerable respecto de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él, siempre que su conducta no configure otro delito, será reprimido..."

V. CONCLUSIONES

1. La doctrina ha diferenciado los delitos de infracción de deber de los delitos de dominio, así que mientras en últimos se vulnera el deber genérico de no dañar, mientras que en los delitos de infracción de deber se vulnera los deberes específicos institucionalizados como los deberes que nacen de las relaciones paterno-filiales, de la administración de justicia, o de la administración pública; en ese sentido, en este tipo de delitos no puede ser autor cualquier persona, sino solo aquellos a los que la ley o la Constitución les asigna un deber especial. En este tipo de delitos, a diferencia de los delitos de dominio, la intervención delictiva no se resuelve con la teoría del dominio del hecho, sino que quien infracciona su deber institucionalizado será siempre autor, no admitiéndose figura como la coautoría o la autoría mediata.
2. El enriquecimiento ilícito es un delito contra la administración pública que sanciona al funcionario o servidor público que incrementa su patrimonio de forma excesiva teniendo en consideración sus ingresos, siempre que este incremento tenga como causa el abuso de su función pública, sin embargo, presenta en su configuración típica defectos que conducen a problemáticas referentes a su carácter subsidiario, la procedencia del incremento, y el elemento incremento significativo como elemento del tipo y no como criterio indiciario de cargo.
3. El delito de enriquecimiento ilícito es subsidiario, pues de no entenderlo así se vulneraría el principio de non bis in ídem, por lo que es necesario que se utilice, como lo hace el derecho comparado o, el código peruano en otros delitos, una fórmula legal donde se señale expresamente este carácter. El tipo penal de enriquecimiento ilícito no establece elementos típicos que rodean una conducta delictiva, sino que solo describe una situación de incremento patrimonial, en ese sentido, es necesario, que

se señale como elemento del tipo, y no como indicio de acreditación, que el incremento patrimonial sea apreciable o considerable en función de sus ingresos. Existe la necesidad de modificar el tipo penal en el sentido de que no se utilice el término, "abuso de cargo", pues esto podría traer vacíos de impunidad al no acreditar estos actos de abuso de cargo que hayan incrementado el patrimonio del sujeto agente. Es preciso que se establezca expresamente la obligación del fiscal de acreditar el incremento injustificado, pues, el desbalance patrimonial, es un dato que debe ser acreditado por el Ministerio Público, a lo que, en un ejercicio de distribución de la carga de la prueba, el funcionario público puede responder al indicio acreditado por el fiscal.

VI. RECOMENDACIONES

Se propone que el legislador realice una reforma del tipo penal del artículo 401, la redacción del tipo penal de enriquecimiento ilícito debe ser la siguiente:

Artículo 401

"El funcionario o servidor público que incrementa su patrimonio con obtención de dinero, cosas o bienes, o hubiere extinguido obligaciones pecuniarias que pesaban sobre él, de forma considerable respecto de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él, siempre que su conducta no configure otro delito, será reprimido..."

Referencias

- Abanto, M. (2004). La autoría y participación en los delitos de infracción de deber. Lima: Revista penal.
- Abanto, M. (2011). Los delitos contra la administración pública. Lima: Palestra Editores.
- Bacigalupo, E. (2004). Derecho penal. Lima: Aras.
- Fontán Balestra, C. (1998). Derecho Penal - Parte especial 15° edición. Buenos aires: Abeledo Perrot.
- Frisancho, M. (1999). Tratado de derecho penal. Lima: Gaceta Jurídica.
- Frisancho, M. (2011). Delitos contra la administración pública. Trujillo - Perú: Jurista Editores E.I.R.L.
- Gálvez, T. A. (2001). El delito de Enriquecimiento Ilícito. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- García Cavero, P. (2008). Lecciones de derecho penal. Lima: Grijley.
- García, P. (2008.). Lecciones de Derecho Penal. Parte general.,. Lima: Grijley.
- García, P. (2012). Derecho Penal- Parte General. Lima: Jurista Editores.
- Gómez, V. (2006). Los Delitos Especiales. Madrid: Edisofer S.L. Jakobs,
- G. (1997). Derecho Penal, Parte General. Madrid: Jurídicas S.A. Jakobs,
- G. (2010). Estudios de derecho. Madrid: Civitas.
- Lara, M. J. (2010). Apuntes del derecho Penal. Lima.
- Levene, R. (1993). Manual de derecho procesal penal. Tomo II, Segunda edición. Buenos Aires: Depalma.
- López, J. (2009). Tratado de derecho procesal penal. Navarra- España: Tratado de derecho procesal penal.
- Manfroni, C. (1997). La convención Interamericana contra la Corrupción. Buenos aires: Abeledo Perrot.
- Mir, S. (2015). Derecho Penal- Parte General. Barcelona: Reppertor.
- Montoya Vivanco, Y. (2015). Manual sobre Delitos contra la administración pública . Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pariona, R. (2013). La teoría de los delitos de infracción de deber. Lima: Idemsa.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2017). Derecho Penal. Parte General. Rhodas.

- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2009). Exégesis Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Rodhas.
- Peña, a. (2010). exegesis del nuevo código procesal penal. Lima: Idemsa.
- Peña, A. (2018). Derecho penal parte general, Lima: Legales.
- Pérez, E. L. (2005). Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Grijley.
- Pérez, M. (1999). Autoría y participación imprudente en el Código Penal. Madrid: Civitas.
- Polaino Navarrete, m., & Polaino Ortis, M. (2004). Derecho Penal moderno bases dogmáticas. Lima: Modernas bases dogmáticas.
- Portocarrero, J. (1996). Delitos contra la administración pública. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero.
- Reaño, j. (2014). La administración pública. Lima: Grijley.
- Rodríguez, J. (2003). Derecho penal. lima: San Marcos,
- Rojas Vargas, F. (1999). Ejecutoria suprema 5/9/96. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rojas Vargas, F. (2007). Código Penal. Lima.: Idemsa.
- Rojas, F. (2007). Delitos contra la Administración Pública. Lima: Grijley.
- Roxin, C. (1997). Derecho Penal, parte general. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2016). Autoría y Dominio del Hecho. Madrid: Marcial Pons.
- Roy Freyre, L. (1999). Derecho penal peruano. lima: Unidas.
- Rueda, M. A. (2001). reflexiones sobre la participación de los extraneus en los delitos contra la administración pública. Lima: Revista de Derecho penal y criminología.
- Salas, C. (2010). El proceso penal Común. Lima: Gaceta Jurídica.
- Salazar, N. (2011). Imputación objetiva y participación. Lima: Revista peruana de ciencias penales.
- Salinas S., R. (2009). Delitos contra la administración pública. Lima: Editorial Iustita.
- Salinas Siccha, R. (2018). Derecho Penal. lima: USTITIA.
- Sánchez, J. (2002). Delito de infracción de deber y participación delictiva. Madrid: Marcial Pons.
- Sánchez, P. (2006). Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Grijley.
- Sánchez, P. (2009). El Nuevo Proceso Penal. Lima: Idemsa.

- Sarmiento, E. M. (2013). Manuel de Derecho Procesal Penal. Venezuela:
VadellHermanos.
- Villavicencio T., F. (2001). Adaptando la Legislación Penal de Perú. Lima:
Perú

ANEXOS

ANEXO 1

“MODIFICACIÓN DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO”

ANÁLISIS DOCUMENTAL: JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Autora: Br. Chuica Ubillus, Luisiana de las Mercedes

FUENTE	Descripción	Relevancia para la propuesta de reforma
Doctrina		
Jurisprudencia		

ANEXO 2

“FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA REFORMA DE LA PRUEBA NUEVA EN SENTIDO ESTRICTO”

CUADRO GUIA DE ANALISIS DOCUMENTAL: DERECHO COMPARADO

Autor: Br. Chuica Ubillus, Luisiana de las Mercedes

PAIS	TEXTO LEGAL	APORTE/ANALISIS