

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

**SU TRATAMIENTO EN EL MARCO NORMATIVO
INTERNACIONAL Y EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.
ESPECIAL REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN PENAL
COLOMBIANA**

Caty Vidales Rodríguez

Universitat Jaume I

Castellón

Caty VIDALES RODRIGUEZ, es profesora Titular y Vice-Decana del Área de Derecho Penal de la Universidad Jaume I en Castellón, España. Ha trabajado fundamentalmente los delitos contra el orden socioeconómico en la legislación comparada y, más concretamente, sobre el lavado de capitales y el enriquecimiento ilícito. Ha publicado libros, monografías y varios artículos sobre estos temas y, asimismo, ha impartido un importante número de conferencias sobre estos temas.

Vidales Rodríguez, Caty

El Delito de Enriquecimiento Ilícito: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparativa. Especial referencia a la legislación Colombiana. —1 ed. Miami, Florida

Centro para la Administración de Justicia, 2008

p. 103 (Colección Monografías No. 10)

ISBN 9977-06-013-4

1. Derecho penal; 2. Justicia-Administración-Prevención del delito; 3. Delitos Económicos; 4. Legislación comparada; 5. Enriquecimiento Ilícito

Library of Congress Catalog Number: 20008941347

© CENTRO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Universidad Internacional de la Florida

Reservados todos los derechos

*“La libertad no es posible más que en aquellos países
en que el derecho predomina sobre las pasiones”.*

Henri Dominique Lacordaire.

Para Luis.

ÍNDICE

PROLOGO.....	11
I.- INTRODUCCIÓN.....	12
II.- EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS EN EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL.....	17
1. La Convención Interamericana contra la Corrupción.....	17
2. La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.....	22
III.- EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS O SERVIDORES PÚBLICOS.....	27
1. Consideraciones constitucionales.....	27
1.1. Argumentos a favor de la posible inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito. Garantías y principios afectados.....	27
1.1.1. El delito de enriquecimiento ilícito y la presunción de inocencia.....	29
1.1.2. El delito de enriquecimiento ilícito y el derecho a la no autoincriminación.....	31
1.1.3. El delito de enriquecimiento ilícito y el principio de legalidad.....	33
1.2. Argumentos a favor de la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito.....	34

2.	El bien jurídico protegido: la justificación de la intervención punitiva.....	39
3.	La conducta típica.....	45
	3.1. Naturaleza activa u omisiva.....	45
	3.2. El origen del incremento patrimonial.....	51
	3.3. Requisitos del incremento.....	53
	3.3.1. El incremento patrimonial.....	53
	3.3.2. La apreciabilidad del mismo.....	56
	3.3.3. La no justificación de su procedencia.....	57
	3.3.4. La limitación temporal.....	60
	3.3.5. El enriquecimiento propio o de tercero... ..	60
4.	Sujetos.....	61
	4.1. Sujeto activo.....	61
	4.2. Sujeto pasivo.....	66
5.	Formas de aparición.....	66
	5.1. <i>Iter criminis</i>	66
	5.2. Autoría y participación.....	69
6.	Consecuencias jurídicas.....	71
	6.1. Penas.....	71
	6.2. Comiso.....	75

IV.- EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE

PARTICULARES..... 78

1.	Introducción.....	78
2.	Peculiaridades respecto del enriquecimiento ilícito de servidores públicos:	81
	2.1. El bien jurídico protegido.....	82
	2.2. El sujeto activo.....	82
	2.3. El origen del incremento patrimonial.....	83

2.4. La discutida naturaleza subsidiaria o autónoma de este delito 84

2.5. Referencia a la responsabilidad penal de la persona interpuesta..... 85

V.- A MODO DE CONCLUSIÓN..... 89

VI.- ANEXO..... 95

VII.- BIBLIOGRAFÍA..... 100

PROLOGO

Como lo bien lo han indicado diversos autores, la corrupción no es un fenómeno moderno, es quizás unos de los problemas que pareciera acompañar a la humanidad a lo largo de toda su historia, independientemente de la época o del sistema político de que se hable. Sin embargo, diversos han sido los mecanismos utilizados para hacerle frente.

Innegable es la realidad de la globalización y el hecho de que los diversos sistemas han debido enfrentar el tema de la corrupción a efecto de minimizar impactos negativos para su desarrollo. En consecuencia, el tratamiento y estudio que de los mecanismos con que las sociedades modernas pretenden hacer frente al problema que la corrupción implica, a saber, el enriquecimiento ilícito, que hoy nos presenta la Dra. Caty Vidales Rodríguez, es tema de necesario estudio y particular importancia tanto desde la óptica política, como económica, social y jurídica.

De especial trascendencia es esta obra de la Dra. Vidales Rodríguez, que, de nuevo, nos presenta una investigación de alta calidad en donde encontramos reflejados los conocimientos teóricos adquiridos a través de altos estudios realizados en España y Europa, lo mismo que en Estados Unidos y Latinoamérica, todo lo cual complementa su experiencia profesional y académica y su visión en el análisis comparativo de la legislación estudiada.

La labor que hoy nos presenta la Dra. Vidales Rodríguez está encaminada a destacar los aspectos en el marco normativo internacional y en el marco de la legislación comparada del delito de enriquecimiento ilícito, como elemento común que sirve para controlar los llamados beneficios económicos derivados de la comisión de los delitos relacionados con la corrupción. Ello, con las referencias que el rigor del académico requiere a otros delitos tales como el blanqueo de capitales o lavado de dinero.

En su esfuerzo, la autora nos inicia con un estudio, breve, pero profundo, de los principales instrumentos internacionales que plasman la figura objeto de estudio, para entrar luego a un análisis del tratamiento penal existente en los diversos ordenamientos nacionales y la consecuente determinación del bien jurídico tutelado, la tipificación, los sujetos, las formas de aparición, lo mismo que las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de los hechos. Hace referencia la autora a las legislaciones de Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, el Salvador, Chile, México, Paraguay, Perú y Venezuela. Posteriormente, dedica la autora en una tercera sección a una particular referencia a la legislación y regulaciones Colombianas, para, finalmente, concluir su labor con sus valoraciones respecto de la figura delictiva, contribuyendo al debate frente a las políticas criminales, con miras a reivindicar los principios y garantías que han de caracterizar al Derecho penal liberal.

El enriquecimiento ilícito es un tema de manifiesto interés actual que ha recibido un tratamiento integral por parte de la autora, la cual nos ha presentado una obra armónica y estructurada, un aporte real en el ámbito del derecho penal comparado, estructurada como instrumento dirigido a estimular la búsqueda de alternativas y soluciones y la mejora de las deficiencias.

Solo nos resta agradecer a la autora por sus valiosas contribuciones en el ámbito jurídico penal y la muy valorada oportunidad que nos brindara de prologar esta su más reciente producción.

Ana Teresa Carazo Johanning, Subdirectora
Centro para la Administración de Justicia
Universidad Internacional de la Florida
Noviembre de 2008

I.- INTRODUCCIÓN

Lamentablemente, el fenómeno de la corrupción es tan antiguo como la propia historia de la humanidad; como afirma CACIAGLI, “en todas las épocas y en todo tipo de sistema político hubo y hay corrupción”¹. Lo que, en cambio, sí constituye una novedad es el esfuerzo de la comunidad internacional por tratar de paliar las indeseables consecuencias políticas, sociales y económicas que derivan de este fenómeno. En efecto, la existencia de numerosos convenios que, directa o indirectamente, aluden a la corrupción evidencia que, en los últimos tiempos, viene alcanzando un protagonismo en el panorama internacional tan solo parangonable al que ostentan las manifestaciones más graves de la delincuencia tales como el tráfico ilícito de drogas, el blanqueo de capitales e, incluso, el terrorismo.

Esta nueva perspectiva obedece a varios factores. Así, y sin ánimo de exhaustividad podrían citarse, en primer lugar, la creciente transnacionalización de la delincuencia que en este ámbito se deja sentir con especial intensidad; en segundo lugar, ha ejercido una destacada influencia el afán por combatir más eficazmente la delincuencia organizada²; y, por último, no puede desconocerse que ha contribuido de forma notable en este nuevo enfoque el convencimiento de que todo esfuerzo por atajar tan grave problemática, llevado a cabo por cualquier país de forma unilateral y aislada, está abocado al fracaso.

Pero, sin duda, la causa más decisiva ha sido la constatación de la existencia de fuertes vínculos entre la corrupción y otras formas no menos importantes de comportamientos delictivos; de ahí que sean varios los textos internacionales que enfatizan esta relación y no enmascaran la honda preocupación que la misma despierta en la comunidad internacional³. Y, del

¹ CACIAGLI, M., *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1996, p. 51.

² Por eso, no es de extrañar que a ella se aluda expresamente en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Es más, como puede leerse en el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción, “la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos”.

³ Así, en el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción se muestra la inquietud de los Estados Americanos por el nexo entre la corrupción y los ingresos provenientes del tráfico ilícito de drogas, que “socavan y atentan contra las actividades comerciales y financieras

mismo modo, tampoco faltan convenios en los que la necesidad de acabar con la comisión de determinados tipos de delitos se justifica, entre otras razones, en el intento de evitar que quede comprometido el buen funcionamiento de la administración pública e, incluso, la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados⁴.

En cualquier caso, lo que ahora interesa poner de relieve es que, si tuviera que señalarse un elemento común en lo que podría denominarse esta nueva política criminal internacional – y de la que los aludidos textos constituyen una buena muestra – éste sería, sin duda, el indisimulado interés por controlar los beneficios económicos derivados de la comisión de determinados delitos, algunos de ellos ciertamente muy lucrativos. La razón no es otra que la fundada creencia de que la privación de los bienes ilícitamente obtenidos supondrá un importante acicate para el abandono de tales actividades.

Así se explica la relevancia alcanzada por el delito de blanqueo o lavado de capitales, después de que la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas supusiera una llamada de atención sobre las indeseables consecuencias que derivan de esta práctica⁵. Y, asimismo, se encuentra una justificación

legítimas y la sociedad en todos los niveles”. Y, en parecidos términos se expresa la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción en cuyo Preámbulo puede leerse que los Estados Parte se muestran preocupados por “los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero”.

⁴ Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, firmada en Viena el 20 de diciembre de 1988.

⁵ Ciertamente, la aludida Convención constituye un hito al inaugurar esta línea que, posteriormente sería seguida por otros textos internacionales como el Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, elaborado por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (C.I.C.A.D.) o las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional; y, ya en el ámbito europeo, la Directiva relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (91/398/CEE), modificada por la Directiva 2001/97/CE y derogada por la más reciente Directiva

satisfactoria para que no se escatimen esfuerzos tendentes a identificar, confiscar, congelar, embargar o decomisar los bienes procedentes del delito concediendo, de este modo, a estas instituciones un amplio ámbito, hasta ahora desconocido y muy alejado a los que ha sido su entendimiento tradicional⁶.

Pese a la indudable importancia que revisten las cuestiones hasta aquí meramente enunciadas no es esta, sin embargo, la sede adecuada para su desarrollo. Por el contrario, el objeto de estudio, mucho más modesto, se limita al estudio de una figura que se enmarca en el contexto brevemente descrito y que enfatiza la necesidad de sancionar penalmente la obtención ilícita de beneficios económicos. Me refiero al delito que se conoce como enriquecimiento ilícito.

Esta figura que, desde luego, ha sido objeto de una encendida polémica, resulta de incriminación obligatoria para todos aquellos países que hayan ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción y potestativa para los firmantes de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Eso sí, tanto en uno como en otro caso, siempre que la tipificación de tal comportamiento sea compatible, obviamente, con los principios constitucionales reconocidos por cada uno de los diferentes ordenamientos. La inclusión de esta salvedad responde a que dicha compatibilidad puede quedar en entredicho al consistir la conducta típica en obtener un incremento patrimonial sin que se justifique su lícita procedencia por parte de quien desarrolla una función pública.

Es preciso advertir ya en el marco de estas consideraciones introductorias que con esta descripción del comportamiento prohibido, no debe extrañar que la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema hayan expuesto importantes razones que muestran los reparos constitucionales que pueden hacersele y que, en cualquier caso, permiten

2005/60/CE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.

⁶ Además de la importancia que se le concede a este instituto por parte de todos los textos internacionales a los que se ha hecho mención, puede citarse el Convenio del consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito y, en fechas más próximas, la Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo de Europa, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.

afirmar, sin riesgo de caer en la exageración, que se trata de la medida más cuestionada de todas cuantas se contienen en los citados convenios⁷.

Puesto que, como digo, algunos argumentos a favor y en contra de la posible inconstitucionalidad de esta figura ya han sido esgrimidos, me parece innecesario insistir en los mismos y, en cambio, considero que son merecedores de atención otros aspectos que, aunque devienen secundarios respecto de tal controversia, y, precisamente por ello, han sido descuidados. De este modo, en lo que sigue, se tratarán aquellas cuestiones que, aunque, presentan una menor trascendencia, no dejan de generar problemas de aplicación práctica. Lógicamente, el hecho de que se efectúe un estudio jurídico-dogmático de este delito no significa que se justifique, o acepte sin más, la existencia de preceptos de estas características; ni tampoco su rechazo a priori. Creo que alcanzar una conclusión a este respecto es algo que no puede hacerse sino tras realizar un análisis riguroso de esta figura; sin embargo, no puedo dejar de adelantar el hallazgo de serias objeciones que vienen a unirse a las expuestas por quienes se han mostrado partidarios de su desaparición o, cuanto menos, de su imperiosa reforma.

Para abordar la tarea propuesta y a fin de lograr una mayor claridad expositiva, se ha dividido el trabajo en cuatro partes. Se comienza con un capítulo dedicado al estudio, necesariamente somero, de los principales instrumentos internacionales que acogen esta figura. El segundo capítulo va referido al tratamiento jurídico-penal que se le ha dispensado a esta modalidad delictiva por parte de los distintos ordenamientos nacionales y en él se alojan las cuestiones relativas a la determinación del bien jurídico protegido, la conducta típica, los sujetos, las formas de aparición y, como no podía ser de otra forma, las consecuencias jurídicas derivadas de la realización de tal comportamiento. En tercer lugar, se incluye una referencia al Derecho colombiano que está justificada por el hecho de que es el único país en el que merece una sanción penal el enriquecimiento ilícito cometido por particulares. Finalmente, se dedica un apartado a exponer las principales conclusiones alcanzadas, así como las valoraciones críticas que merece este delito con el único fin de mantener un debate que, si bien nunca se ha dado por cerrado, recobra especial importancia en momentos como el actual en los que frente a la nueva política criminal que va abriéndose paso, se impone

⁷ Al respecto, han señalado RICO y SALAS que se trata de la forma delictiva que mayor controversia ha causado. RICO, J. M. y SALAS, L., *La corrupción pública en América Latina. Manifestaciones y mecanismos de control*. Center for the Administration of Justice. Florida International University. Miami, 1996, p. 78.

reivindicar una vuelta a los principios y garantías que caracterizan un Derecho penal liberal.

II.- EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

1. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

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.

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.

Por importantes que sean las razones apuntadas, no son las únicas. En efecto, tampoco se esconde que la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos y, por último, queda asimismo patente la preocupación que despierta la existencia de vínculos entre esta manifestación de la delincuencia y los ingresos provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes.

Esta inquietud, sin embargo, no es novedosa; de ella ya quedó constancia en la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, firmada en Viena el 20 de

diciembre de 1988. En aquella ocasión se reconoció la existencia de relaciones entre el tráfico ilícito de drogas y otras actividades delictivas organizadas que “socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados”. Es más, las Partes confesaron entonces ser “soberanías de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad en todos sus niveles”⁸. No debe extrañar, por tanto, que uno de los principales objetivos de aquel texto fuera la privación del producto de las actividades delictivas a través de un régimen especial de comiso y, fundamentalmente, a través de la sanción penal del delito de blanqueo o lavado de capitales procedentes del tráfico de drogas⁹.

Este último aspecto tampoco se descuida en el texto que ahora se comenta por cuanto que una de las tres definiciones contenidas en el artículo I va referida a los bienes y, asimismo, el artículo XV contiene las medidas que deben adoptarse sobre los bienes, sin que el secreto bancario suponga un óbice. Ahora bien, sin duda, el dato más relevante en este sentido es la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito pero, antes de ocuparme de él, conviene hacer una breve mención del resto de medidas que se contemplan.

Así, y comenzando por los objetivos que se persiguen, estos se centran en la adopción de mecanismos tendentes a prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción y, asimismo, a promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados con el fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción vinculados a tal ejercicio. Para ello, además de establecer una serie de medidas preventivas y concretar la prestación de asistencia y

⁸ Preámbulo de la Convención de Viena.

⁹ Sobre la trascendencia de la mencionada Convención, puede verse, entre otros, ABEL SOUTO, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*. Universidad de Santiago de Compostela, 2002; LAMAS PUCCIO, L., “Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, en *Psicoactiva* n° 4. Lima, 1988; SAAVEDRA ROJAS, E., y DEL OLMO, R., *La Convención de Viena y el narcotráfico*. Bogotá, 1991; VIDALES RODRIGUEZ, C., *El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada*. Centro para la Administración de Justicia. Florida International University. Miami, 1998.

cooperación, se obliga a los Estados Parte a incriminar – en el caso de que todavía no lo hayan hecho – los **actos de corrupción**.

Tales actos vienen explicitados en el artículo VI y, en su virtud, lo dispuesto en la Convención ha de aplicarse, en primer lugar, a conductas que podríamos denominar de cohecho; esto es, el requerimiento, la aceptación, el ofrecimiento u el otorgamiento de bienes u otro provecho a cambio de que el funcionario público o persona que, sin serlo, ejerza funciones públicas realice u omita cualquier acto en el ejercicio de dichas funciones. En segundo lugar, merece tal consideración la realización u omisión por parte de un funcionario público o persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones que persiga la obtención de un beneficio ilícito para sí o para tercero. En tercer lugar, se considera un acto de corrupción el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes que se sabe proceden de alguno de los actos mencionados. Y, por último, debe sancionarse penalmente la participación en tales delitos, la tentativa de los mismos y la asociación o confabulación para realizarlos.

Desde luego, realizar un análisis más detenido de este precepto excedería con creces los límites propuestos en este trabajo¹⁰. Sí quiero, no obstante, señalar que el apartado segundo establece expresamente la posibilidad de que dos o más Estados acuerden la aplicación de esta Convención a “cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella”; con lo que, de esta forma, se viene a reconocer que hay otros actos de corrupción que quedan fuera del ámbito de aplicación de este texto, si bien se prevé que algunos de ellos – los relacionados con el abuso de información privilegiada, el uso o aprovechamiento de bienes de titularidad estatal, la obtención de ilícitos beneficios o la desviación de caudales públicos – sean objeto de un posterior desarrollo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo XI.

Además de los delitos mencionados, 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.

¹⁰ Puede verse al respecto, ALTAMIRANO, G. D., “The impact of the Inter-American Convention Against Corruption”, en *The University of Miami Inter-American Law Review*, 38, 2007, p. 487 y ss.; MANFRONI, A., *La Convención Interamericana contra la Corrupción. Anotada y Comentada*. 2ª Ed. Buenos Aires, 2001, p. 87 y ss.

Por cuanto se refiere al **soborno internacional**, se entiende por tal el ofrecimiento o entrega de bienes u otros beneficios a un funcionario público de otro Estado a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas siempre que esté relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial, según dispone el artículo VIII. La razón de ser de esta pretendida incriminación no es otra que la transnacionalización de la corrupción a la que ya aludía el Preámbulo de la Convención. Si bien es cierto que, en este caso y por cuanto al ámbito de aplicación se refiere, tiene una eficacia más limitada al quedar circunscrito, no ya a cualquier acto realizado en el ejercicio de funciones públicas, sino únicamente aquellos que tengan que ver con una operación económica o comercial¹¹.

Por lo que respecta al delito de **enriquecimiento ilícito**, puede afirmarse que, a mi modo de ver, constituye la muestra más palmaria de esa nueva política criminal a la que se ha aludido y que está basada en la creencia de que privar del producto del delito o, como es el caso, sancionar penalmente su tenencia, resulta una forma eficaz de prevenir la comisión de actividades delictivas.

A tenor de lo dispuesto en el artículo IX¹², el delito de enriquecimiento ilícito existe cuando se observa un incremento en el

¹¹ En efecto, como establece la Legislación Modelo sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional, elaborada por la Oficina de Cooperación Jurídica del Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales de la Organización de Estados Americano, quedan fuera otras actividades (verbigracia, soborno de autoridades judiciales para obtener la condena o exoneración de un acusado, el soborno con fines políticos o militares, etc.) que podrían revestir una gravedad similar. Si bien, como recuerda el citado documento, cada Estado es libre para decidir su inclusión.

¹² **Artículo IX** *Enriquecimiento ilícito*

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

patrimonio de un funcionario público – adviértase que, a diferencia de lo que acontece en relación con los actos de corrupción que se recogen en el artículo VI, únicamente se alude a funcionario público y no a personas que ejerzan funciones públicas – con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él. En otros términos, lo que merece un reproche penal es el hecho de tener unos bienes desproporcionados en relación con los ingresos lícitamente obtenidos y no poder acreditar su procedencia.

La inclusión de tan polémica figura obedece a una propuesta llevada a cabo por Argentina, uno de los países pioneros en la incriminación de este comportamiento y que, como se verá, ha servido de modelo a la legislación penal de otros países. Sin embargo, pese a la pretendida utilidad que reportaba su tipificación, no encontró una acogida favorable por todos los Estados Parte debido a las nada desdeñables objeciones constitucionales que pueden hacerse y que ya entonces se vislumbraban¹³. Así las cosas, se buscó una solución de compromiso consistente en instar a los legisladores nacionales a incluir en sus respectivos textos punitivos este delito siempre que ello fuera compatible con la Constitución y con los principios fundamentales reconocidos por cada ordenamiento jurídico. Esta salvedad permitió, como explica MANFRONI, que los Estados Parte ratificaran la Convención sin contradecir sus principios constitucionales y sin caer en ningún tipo de responsabilidad en el supuesto de que omitan tipificar tal conducta¹⁴; estando obligados, eso sí, a brindar la asistencia y cooperación necesarias, siempre que sus leyes lo permitan.

Pero, lógicamente y, como luego se verá, resultó más fácil de lograr el consenso internacional al respecto que conseguir elaborar una descripción de la conducta típica absoluta o mínimamente respetuosa con los aludidos principios.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

¹³ Sobre la génesis de tal precepto, puede verse MANFRONI, C. A., *La Convención...*, *op. cit.*, p. 143 y ss.

¹⁴ MANFRONI, C. A., *La Convención...*, *op. cit.*, p. 1117.

2. LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCION

El 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 ilícito¹⁵.

La presente Convención se estructura en ocho capítulos precedidos por un Preámbulo en el que, quizás con cierto catastrofismo, se pone de manifiesto la gravedad de las consecuencias que derivan de este fenómeno. Por lo que aquí interesa, hay que decir que se vuelve a insistir – como ya lo hiciera la Convención Interamericana – en los vínculos existentes entre la corrupción y otras formas de delincuencia, refiriéndose a la delincuencia organizada y a la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero. Y, se da un paso más al mostrar el convencimiento de que “el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley”.

Dejando al margen todas aquellas medidas que contiene y que no afectan a la sanción penal de determinados comportamientos, hay que decir que, sin duda, es el texto internacional que recoge un mayor número de conductas constitutivas de delito relacionadas directamente con la corrupción y entre las que procede distinguir las de tipificación obligatoria de aquellas otras respecto de las cuales se confiere a cada Estado la potestad de decidir o no su inclusión en los textos punitivos nacionales.

Así, dentro de las primeras tenemos que se exige a los Estados que castiguen los delitos de soborno de funcionarios públicos nacionales, de soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas en relación con actividades

¹⁵ Así es por cuanto que en los Convenios Penal y Civil contra la Corrupción elaborados en el seno de la Unión Europea y en vigor desde 2002 y 2003, respectivamente no se incluye referencia alguna a tal infracción. Tampoco en la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional se menciona; si bien en el artículo 8 se obliga a sancionar penalmente determinados comportamientos relacionados con la corrupción. No obstante, es preciso advertir que se faculta a cada Estado para que castigue otras formas de corrupción entre las que, a la vista de lo dispuesto en la Convención Interamericana, podría incluirse sin excesiva dificultad el delito que nos ocupa.

comerciales internacionales, de malversación o peculado, de apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por parte de un funcionario público y, por último, las conductas relacionadas con la obstrucción de la Justicia.

Resulta, asimismo, de preceptiva tipificación otra conducta que no puede considerarse de corrupción propiamente dicha, si bien, la normativa internacional insiste en la relación con ésta. Me refiero al blanqueo o lavado del producto del delito que, como es sabido, la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas limitaba a los bienes procedentes de tal actividad. Esta figura ha experimentado una progresiva ampliación de su ámbito de aplicación debido a que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, su incriminación resulta obligatoria en aquellos supuestos en los que previamente se ha cometido un delito grave¹⁶, cuando el delito del que los bienes proceden haya sido cometido por un grupo delictivo organizado a los que alude el artículo 5, cuando su origen esté en la realización de un acto de corrupción – si bien, es preciso advertir, que atendiendo al artículo 8, ésta tiene un alcance mucho más restringido que en la Convención que ahora se comenta – o cuando el delito principal vaya referido a la obstrucción de la Justicia. No se trata, sin embargo, de una enumeración taxativa puesto que el apartado a) del artículo 6.2. insta a que cada Estado Parte aplique el delito de blanqueo en relación con la gama más amplia posible de delitos.

La Convención contra la Corrupción insiste en la necesidad de extender la eficacia del delito de blanqueo y lo hace aplicable a todos los actos de corrupción a los que va referida y que, como queda dicho, supone un considerable aumento de las conductas punibles respecto de la alusión que contenía la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Además de los comportamientos que preceptivamente han de sancionarse penalmente, se confiere la facultad a los Estados de que consideren la posibilidad de tipificar otros actos como el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas – no ya en relación con actividades comerciales internacionales, que eran de incriminación obligatoria, sino en el ejercicio de

¹⁶ A la vista de las definiciones que contiene el artículo 2 de la Convención, debe entenderse por tal todo delito castigado con una pena privativa de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave.

sus funciones oficiales –, el tráfico de influencias, el abuso de funciones y el encubrimiento.

Entre estos delitos de sanción potestativa, se encuentra el de **enriquecimiento ilícito**¹⁷, 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.

Estos son los delitos que, obligatoria o potestativamente, deben sancionarse en relación con la llamada corrupción pública, pero la Convención, lejos de limitarse a éstos prevé, además, la posible sanción de dos comportamientos referidos al sector privado: el soborno y la malversación o peculado. Por último, se impone la obligación de castigar la participación, la tentativa y los actos preparatorios referidos a todos los delitos a los que se acaba de hacer referencia.

El amplio elenco de conductas que se contemplan refleja la preocupación por constituir un instrumento eficaz en la lucha contra la corrupción pero, como también se evidencia, no menor es la inquietud que suscita las “vastas cantidades de activos” que, según se lee en el Preámbulo, “pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados”. Esto explica que un número importante de las medidas que se establecen vayan destinadas a la recuperación de activos¹⁸. Y, del mismo

¹⁷ **Art. 20** *Enriquecimiento ilícito*

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

¹⁸ Artículos 51 y ss.

modo, parece justificar el que se adopte un régimen especial de comiso¹⁹ que alcanza no sólo al producto del delito – o bienes por un valor equivalente – y a los bienes, equipos u otros instrumentos utilizados; sino que se extiende a la transformación que éstos hayan experimentado e, incluso, se contemple una previsión para el supuesto de que los bienes ilícitamente obtenidos se hayan mezclado con otros de procedencia lícita. En tal caso, se decomisarán éstos hasta el valor estimado del producto entremezclado. Pudiendo decomisarse, asimismo, los ingresos y demás beneficios derivados del producto, de sus transformaciones o de la mezcla con bienes adquiridos de fuentes lícitas.

En otros términos, se autoriza el decomiso en relación con cualquier bien que, directa o indirectamente, proceda de la comisión de los delitos a los que se refiere la Convención. Y, al igual, que se hiciera en ocasiones anteriores²⁰, se posibilita que los Estados Parte exijan “a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos”.

Inciendo en esta línea, idéntica previsión contiene la Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo de Europa de 24 de febrero de 2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito que incorpora lo que se ha denominado comiso ampliado o potestad de decomiso ampliada que, como ha explicado GONZÁLEZ CUSSAC, consiste en la confiscación de los bienes del condenado cuyo origen lícito no pueda acreditar y ello aún cuando no guarden relación directa con los hechos enjuiciados²¹. Esta potestad – eso sí, limitada a la comisión previa de determinados delitos²² – puede extenderse, si los Estados miembros lo consideran oportuno, a los bienes adquiridos por las personas

¹⁹ Artículo 31.

²⁰ Artículo 5.7 de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y art. 12 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

²¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Decomiso y embargo de bienes”, en *La armonización del Derecho Penal español: una evaluación legislativa*. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 2006, p. 16.

²² Falsificación de moneda, blanqueo de capitales, tráfico ilegal de personas, corrupción de menores y pornografía infantil, tráfico de drogas y terrorismo; siempre que las penas previstas oscilen entre cinco y diez años, excepción hecha del blanqueo, cuya pena privativa de libertad debe tener una duración mínima de cuatro años.

allegadas al condenado y a los bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que éste tenga un control efectivo o reciba una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica.

De lo que se lleva expuesto puede inferirse que los esfuerzos de la comunidad internacional para combatir algunas manifestaciones de la delincuencia se centran prioritariamente en la privación de todos los productos o ganancias que pueda reportar, al menos, la comisión de determinados delitos. Y, sin duda ejemplifica a la perfección este nuevo enfoque la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Ello es así por cuanto que posibilita, de un lado, la incriminación de los delitos de blanqueo o lavado de capitales y de enriquecimiento ilícito vinculados a la realización de actos que puedan considerarse de corrupción – aunque a veces y, como tendremos ocasión de ver, puede producirse entre ellos un evidente solapamiento – y, de otro, establece la facultad de decomisar todos aquellos bienes respecto de los cuales no pueda demostrarse la licitud de su origen. A pesar de las interesantes cuestiones que unos y otros aspectos suscitan, en lo que sigue, únicamente van a ser abordadas aquellas atinentes a la sanción penal de la obtención de un patrimonio desproporcionado e injustificado por parte de quien ejerce funciones públicas porque, de otro modo, se vería desbordado el objetivo inicialmente propuesto.

III.- EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS O SERVIDORES PÚBLICOS

1. CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES

Pocas figuras han sido objeto de tan viva polémica como la que se comenta y escasas son también las ocasiones en las que la constitucionalidad de un precepto se ha visto tan cuestionada. El motivo de tanta controversia no es otro que la propia definición de enriquecimiento ilícito que se extrae de los convenios internacionales a los que se acaba de hacer referencia y que, lógicamente, tiene reflejo en los distintos textos punitivos que incriminan tal conducta. Y, no puede ser otra manera si tomamos en consideración que lo que se entiende por enriquecimiento ilícito es la obtención de un incremento patrimonial por parte de un funcionario o servidor público que no guarda proporción respecto de sus ingresos legítimos y respecto del que no ofrece una justificación razonable sobre su procedencia. Como afirma, HERNÁNDEZ BASUALTO, “lo que encierra el concepto mismo de enriquecimiento ilícito es la sospecha – en general razonable – de que un enriquecimiento que no puede explicarse a partir de las actividades conocidas del sujeto debe provenir de una actividad delictiva”²³.

Así las cosas, han sido muchos los autores que han expresado serias dudas acerca de la compatibilidad de esta figura con principios constitucionalmente reconocidos; si bien, tampoco ha faltado quien, eso sí, con argumentos más endebles, defienda la constitucionalidad de tales preceptos. De unas y otros paso a ocuparme resumidamente a continuación.

1.1. Argumentos a favor de la posible inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito. Garantías y principios afectados

Las dudas acerca de la constitucionalidad de la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito se advirtieron ya durante la tramitación

²³ HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno”, en *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal*. Estudios en homenaje al Prof. A. Serrano Gómez. V.V.A.A. Madrid, 2006, p. 794.

parlamentaria de la ley argentina 16.648 (Boletín Oficial, 18 de noviembre de 1964), una de las primeras ocasiones en que se sanciona esta conducta²⁴. Y, si ya entonces no fueron disipadas, tampoco ha conseguido ese objetivo el hecho de que cada vez sean más los países que incriminan este comportamiento, e incluso, algunos Tribunales se hayan manifestado expresamente al respecto²⁵. Es más, ni siquiera se logra tal propósito por el hecho de que la Constitución Política de determinados países incluya una referencia expresa a este delito pretendiendo, de este modo, dar una apariencia de constitucionalidad a un precepto que, a decir de un importante sector doctrinal, conculca derechos fundamentales²⁶.

²⁴ Puede verse las diversas posturas mantenidas en aquel entonces en COLOMBO, M. L., y IPOHORSKI LENKIEWICZ, J. M., “Evolución legislativa reciente y análisis de la figura penal en el derecho comparado”, en V.V.A.A., coord. por G. A. BRUZZONE y H. GULLCO, *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. Buenos Aires, 2005, p. 92 y ss.; CONTI, N. J., y SAUMELL, M. F., *Las figuras del enriquecimiento ilícito*. Rosario, Argentina, 2007, p. 58 y ss.; INCHAUSTI, M. A., *Enriquecimiento ilícito de funcionarios*. Buenos Aires, 2001, p. 27 y ss. y SANCINETTI, M. A., *Delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público: un tipo violatorio del Estado de Derecho*. Buenos Aires, 1994, p. 23 y ss.

²⁵ A modo de ejemplo, pueden citarse la Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal argentina de 8 de mayo de 2000 o las sentencias C- 127/93, de 39 de marzo y C-319/96, de 18 de julio de la Corte Constitucional de Colombia.

²⁶ En efecto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hace una mención expresa a esta infracción al disponer que *las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por si o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan*. Y, de igual modo, se alude a esta conducta en el art. 233 de la Constitución Política de Honduras al afirmar que *se presume enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del capital del funcionario o empleado público desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo, hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido obtener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente, y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita. Igualmente se*

1.1.1. El delito de enriquecimiento ilícito y la presunción de inocencia

Realmente se hace difícil justificar que la conducta descrita en los términos que acabamos de ver no contradice el principio de presunción de inocencia al suponer una inversión de la carga de la prueba. Es precisamente, este entendimiento lo que llevó a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica a declarar la inconstitucionalidad de los apartados a) y c) del artículo 26 de la Ley n° 6872 de 17 de junio de 1983, sobre el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos²⁷, en su sentencia n° 1707-95, de 28 de marzo de 1995. Afirma el Tribunal que lo allí dispuesto “impone al funcionario público de que se trate, el deber de demostrar el

presumirá enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no autorizaré la investigación de sus depósitos bancarios o negocios en el país o en el extranjero. Para determinar el aumento a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se considerarán en conjunto el capital y los ingresos del funcionario o empleado, el de su cónyuge y el de sus hijos. La declaración de bienes de los funcionarios y empleados públicos se hará de conformidad con la ley. Cuando fuere absuelto el servidor público tendrá derecho a reasumir su cargo. El artículo 34 de la Constitución Política de Colombia también se refiere a esta conducta al establecer que se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social. También han querido ver un fundamento constitucional en Argentina, donde el párrafo 5° del artículo 36 dispone que atentaré asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

²⁷ De conformidad con los mismos, se disponía que *incurrirán en el delito de enriquecimiento ilícito y serán sancionados con prisión de seis meses a seis años, los servidores públicos que en el ejercicio de su cargo público, o dentro del año siguiente a la cesación de su relación de servicio:*

- a) *adquieran bienes de cualquier índole o naturaleza, sin poder probar el origen lícito de los recursos de que han dispuesto para tal efecto, excepción hecha de su salario o de las sumas que legalmente puedan devengar.*
- b) *...*
- c) *se enriquezcan de cualquier modo como consecuencia exclusiva del cargo sin acreditar la licitud de su aumento de fortuna y la verosimilitud de las fuentes de recursos invocadas.*

origen del aumento en su patrimonio, que exceda el monto de su salario o las sumas que legalmente pueda devengar, invirtiendo el tipo penal de manera evidente la carga de la prueba en contra del encausado violando con ello de modo flagrante, el principio de inocencia en los términos prescritos por el artículo 39 constitucional, concerniéndole al órgano acusador la demostración de la procedencia ilícita del patrimonio del servidor público. De este modo, no es siquiera posible pensar en alguna interpretación de la norma que permita al juez penal su aplicación sin la lesión de los derechos fundamentales del imputado y consecuencia de ello es, pues, la declaración de inconstitucionalidad”.

Como queda perfectamente plasmado en el párrafo que se ha reproducido, la sanción penal de un incremento patrimonial no justificado por parte del funcionario público parece partir de la presunción de la ilícita procedencia del incremento patrimonial correspondiéndole al acusado desvirtuar tal sospecha. Pero ni siquiera, como ha advertido SANCINETTI, dicha inversión sirve para probar el delito cuya comisión se sospecha, sino que, yendo más lejos, se prescinde de determinar cuál es el hecho concreto que se le atribuye al servidor público y que, lógicamente, no puede estar constituido por el mero enriquecimiento²⁸.

No es este, sin embargo, el entendimiento mantenido por la Cámara Nacional de Casación Penal argentina que, en su sentencia de 8 de mayo de 2000 (Causa “Pico”), afirma que el precepto cuestionado no supone una inversión de la carga de la prueba por cuanto que “es el Estado el que tiene que acreditar el aumento apreciable y no justificado del patrimonio del funcionario o empleado, ya que para provocar la apertura de la instrucción formal, y con mayor razón, para intimar debidamente el hecho al imputado en declaración indagatoria, el representante del Ministerio Fiscal y el juez instructor deberán contar con elementos de convicción objetivos e independientes de la intervención subjetiva del encausado que demuestren, con el grado de probabilidad propio de esa etapa del proceso, un apreciable incremento patrimonial sin justa causa aparente, que exceda crecidamente las posibilidades emergentes de los ingresos normales del funcionario o empleado”.

²⁸ SANCINETTI, M. A. *Delito... op. cit.*, 1994, p. 27. En idéntico sentido, CÁRDENAS RIOSECO, R. F., *Enriquecimiento...*, *op. cit.*, p. 119 y ss.; CONTI, N. J. y SAUMELL, M. F., *Las figuras...*, *op. cit.*, p. 70; HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “Notas...”, *op. cit.*, p. 794; MIKKELSEN-LÖTH, J. F., p. 59; SABOGAL QUINTERO, M. y SÁNCHEZ MONTOYA, L. A., *El enriquecimiento ilícito y la extinción de dominio en Colombia*. Santa Fé de Bogotá, 1997, p. 21.

En una ocasión más reciente, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal, en la importante sentencia de 31 de mayo de 2004 (Caso “Alzogaray”), reproduce este razonamiento al mantener que “no se trata de castigar sobre la base de una presunción de la ley, se castiga en realidad por el hecho cierto, comprobado y por lo tanto no presunto de que el funcionario se ha enriquecido durante el ejercicio de la función pública y no demostrado que lo haya sido lícitamente (obligación que el poder jurisdiccional puede imponer válidamente a los servidores públicos), no puede haber sido de otra manera que con motivo de la función”. Lo que le lleva a concluir que “no se presume un enriquecimiento ilícito, sino que se comprueba si se enriqueció durante la función pública, y frente a ello surge la obligación de justificar. No se lesiona el ‘principio de inocencia’, ya que no se presume nada, sino que está probado que hay un incremento patrimonial y que no fue justificado”.

Y, en parecidos términos se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-319/96 al considerar que no supone la inversión de la carga de la prueba porque el Estado debe demostrar que el enriquecimiento es real e injustificado además, de probar que ha tenido lugar por razón del cargo. Así pues, “una vez establecida la diferencia real y su no justificación, opera el fenómeno de la adecuación típica que va a permitir el desarrollo del proceso en sus etapas sumarial y de juicio. Es entonces la falta de justificación el elemento determinante para dar origen a la investigación y, por tanto, la explicación que brinde el sindicado del delito, no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a la defensa frente a las imputaciones que le haga el Estado en ejercicio de su función investigativa”. De este modo, y siempre según el criterio mantenido es este fallo, “no se trata pues de establecer una presunción de ilicitud sobre todo incremento sino de presumir no justificado todo aquel incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable de tipo financiero, contable y, por supuesto, legal”.

1.1.2. El delito de enriquecimiento ilícito y el derecho a la no autoincriminación

Con ser importante, la afección que la tipificación de la figura objeto de examen supone para el derecho a la presunción de inocencia no es, sin embargo, la única objeción que se ha advertido. En efecto, a ella se le une la repercusión, no menor, que puede tener en el derecho a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable y, más concretamente, al derecho a permanecer en silencio. Como han puesto de manifiesto CONTI y

SAUMELL, se coloca al acusado en la nada fácil situación de decidir si justifica la lícita procedencia de sus bienes – porque su silencio merece una sanción penal – o confiesa la comisión de un delito que también ha de desencadenar consecuencias penales. Ante esta situación, cabe concluir que el reo deviene obligado a colaborar en la investigación en su contra con lo que resulta vulnerado el principio de no autoincrimación que, además de ser una garantía del ciudadano, constituye un límite a la actuación penal del Estado²⁹.

Muy distinta es, no obstante, la opinión mantenida por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Argentina, que, en la ya citada sentencia de 31 de mayo de 2004 mantuvo que tal conclusión no es obligada. Antes al contrario, ya que “cuando el juez pregunta por el enriquecimiento ilícito ya debe contar con elementos independientes y objetivos, demostrativos de un apreciable (desproporcionado) incremento del patrimonio el que, pese a las pesquisas objetivas (peritajes contables, estudio de la documentación, etc.), no encuentra justificación en los ingresos que el funcionario debía tener. Esta intimación es un acto de defensa, y no el elemento del tipo penal ‘debidamente requerido’, y lo que se debe valorar negativamente, en su contra, no es el silencio, sino aquellos datos objetivos demostrativos de su incremento patrimonial sin razón alguna”. Y, en idéntico sentido se ha pronunciado CREUS, al entender que tal derecho no resulta vulnerado por cuanto que lo que sitúa al funcionario en la tesitura de confesar un delito o soportar las consecuencias penales que lleva aparejada la comisión del delito de enriquecimiento ilícito no es la ley, sino la conducta ilícita del sujeto³⁰.

Desde otra perspectiva, pero íntimamente relacionada con el principio constitucional que se acaba de examinar, PINTO LEÓN denuncia la paradoja que supone que el derecho constitucional a permanecer en silencio se interprete como una falta de demostración de la legitimidad del origen de los bienes y que, en consecuencia, el ejercicio de tal derecho se traduzca necesariamente en una acción típica³¹. Lo que de innovador tiene su razonamiento es la conexión que efectúa con relación al principio *in dubio pro reo*. Para el citado autor, existiendo la duda acerca de la procedencia de

²⁹ CONTI, N. J., y SAUMELL, M. F., *Las figuras... op. cit.*, p. 73 y 74. En idéntico sentido, HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “Notas...”, *op. cit.*, p. 797.

³⁰ CREUS, C. *Delitos contra la Administración Pública*. Buenos Aires, 1981, parág. 784; de la misma opinión, CÁRDENAS RIOSECO, R. F., *Enriquecimiento...*, *op. cit.*, p. 128 y ss.

³¹ PINTO LEÓN, I., *El enriquecimiento ilícito*. Tesis de Licenciatura. Universidad Panamericana. México, 2000, p. 45.

los bienes, y no pudiendo acreditarse el origen ilícito de los mismos, la vigencia de este principio obligaría a resolver en todo caso a favor del funcionario silente, pero lejos de ello, se aprecia que hay un enriquecimiento ilícito³² y, por tanto, se considera que quien así procede es merecedor de una sanción penal³³ que, aunque posteriormente tendré ocasión de referirme a ello, conviene adelantar aquí, dista de ser leve.

1.1.3. El delito de enriquecimiento ilícito y el principio de legalidad

Finalmente, las dudas sobre la constitucionalidad de este delito giran en torno al denominado por VIVES ANTÓN principio de principios por considerar que se trata de “una suerte de expresión concentrada de las exigencias constitucionales”³⁴; me refiero, claro está, al principio de legalidad. Ahora bien, es preciso advertir que la incidencia en el mismo va a estar condicionada por la concreta fórmula legislativa empleada en cada uno de los ordenamientos penales en los que se da cabida a un precepto de estas características por lo que, entiendo preferible postergar el análisis de estas cuestiones a su lugar oportuno y, más concretamente, allí donde se aborden los aspectos relativos a la descripción de la conducta típica.

No obstante y con carácter general se ha señalado que este delito vulnera las exigencias derivadas del principio de legalidad y, más concretamente, el mandato de taxatividad al no definir de forma determinada y clara la conducta prohibida³⁵; es más, se le reprocha – y ello permite dudar que se haya respetado la vigencia del principio del hecho – que no se castigue una acción o una omisión, sino el hecho tan poco preciso de enriquecerse³⁶. En palabras de CONTI y SAUMELL, lejos de describir una

³² PINTO LEÓN, I., *El enriquecimiento...*, *op. cit.*, p. 49.

³³ En este sentido ha afirmado FERREIRA DELGADO, que la abstención por parte del funcionario debe ser interpretada como la aceptación de la carencia de justa causa del incremento patrimonial obtenido. FERREIRA DELGADO, F. J., *Delitos contra la Administración Pública*, 2ª Ed. Bogotá, 1985, p. 121.

³⁴ VIVES ANTÓN, T. S., “Principio penales y dogmática penal”, en *Estudios sobre el Código penal de 1995*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996, p. 39 y ss.

³⁵ CÁRDENAS RIOSECO, R. F., *Enriquecimiento ilícito*. México, 2004, p. 113.

³⁶ CÁRDENAS RIOSECO, R. F., *Enriquecimiento...*, *op. cit.*, p. 114 y ss.; MIKKELSEN-LÖTH, J. F., *Enriquecimiento ilícito*. Buenos Aires, 2001, p.

conducta concreta, se imputa un estado patrimonial cuestionable que genera sospecha de culpabilidad³⁷; pero, como advierte HERNÁNDEZ BASUALTO, no una sospecha sobre un delito concreto, sino que lo que se presume es la cualidad de delincuente del sujeto, lo que constituye un abandono de un derecho penal de acto³⁸.

Ello, unido a la inclusión de términos pendientes de valoración, remite a una cuestión que, desde luego, resulta improcedente tratar aquí pero que, por su importancia, me limito a dejar apuntada. Me refiero a que el empleo de descripciones típicas vagas, imprecisas o demasiado amplias supone delegar en el juez la nada desdeñable función de que sea él – y no el legislador – quien decida los contornos de lo penalmente relevante. Ni que decir tiene que con tal proceder se imposibilita la consecución de la certeza jurídica que el principio de legalidad está llamado a garantizar. Pero es que, además, afecta al fundamento político del mismo por cuanto que repercute claramente en el principio de separación de poderes. Por si ello no fuera suficiente para mostrar un considerable recelo, baste pensar que esta problemática nos remite a otra de no menor envergadura y, hasta ahora, no bien resuelta, cual es el tratamiento que deben recibir las variaciones jurisprudenciales y su posible aplicación retroactiva³⁹.

1.2. Argumentos a favor de la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito

Hasta aquí han sido expuestos los principales argumentos y contraargumentos que se han esgrimido en relación con la posible inconstitucionalidad de este delito. Falta ahora por ver la principal razón que alegan quienes se muestran partidarios de la compatibilidad del mismo con las exigencias constitucionales y que gira en torno a la especial posición en la que se encuentra el funcionario público. En consonancia con este postulado, el empleado público, por el mero hecho de serlo, se ve impelido a

59 y DÍAZ ARANDA, E., *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1724/13.pdf>.

³⁷ CONTI, N. J., y SAUMELL, M. F., *Las figuras...* *op. cit.*, p. 69.

³⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “Notas...”, *op. cit.*, p. 800.

³⁹ Todas las cuestiones que hasta aquí han sido meramente esbozadas han sido tratadas en VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de las variaciones jurisprudenciales*. Valencia, 2001.

asumir algunas obligaciones; entre ellas, la de dar cuenta de los bienes que obtiene.

Ilustrativas de esta posición son las palabras de ANGELINI, quien manifiesta, en relación con el ordenamiento argentino, que la intervención del Derecho penal serviría para garantizar el cumplimiento de este deber. En otros términos, la especial posición del servidor público frente a la sociedad vendría a justificar una limitación de sus garantías constitucionales, impuesta, a su vez, por la propia Constitución Política argentina que, en su artículo 36 considera un delito contra el sistema democrático la comisión de un delito grave y doloso contra el Estado que conlleve un enriquecimiento; es más, el precepto citado impone al Congreso la obligación de sancionar una ley sobre ética pública para el ejercicio de tal función. De ahí que la restricción operada deba entenderse como la respuesta a la necesaria armonización entre todos los intereses en juego⁴⁰.

Siguiendo con la opinión expuesta por el citado autor, reconoce que 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”⁴¹.

Esta idea subyace, asimismo, en el pronunciamiento aludido de 31 de mayo de 2004 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal argentino que, con cita en los artículos 122⁴² y 209⁴³ de la Constitución Política, concluye

⁴⁰ ANGELINI, L. M., *Comentario sobre el delito de enriquecimiento ilícito*. Disponible en <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/comentarioilicito.htm>. En este sentido, se pronuncia MANFRONI, para quien los funcionarios públicos están en situaciones especiales que demandan mayores exigencias que el resto de ciudadanos. MANFRONI, C.A., *La Convención...*, op. cit., p. 149.

⁴¹ ANGELINI, L. M., *Comentario... op. cit.*

⁴² **Artículo 122.** No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

que no se vulnera la presunción de inocencia, sino que “se trata de una justificación de sus actos frente a las imputaciones debidamente formuladas por el Estado en su contra, para que en desarrollo del art. 29 CE⁴⁴, tenga la oportunidad de explicar su conducta. El artículo bajo examen consagra entonces un deber específico y concreto de transparencia en el manejo de los

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas.

⁴³ **Artículo 209.** La función administrativa esta al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

⁴⁴ **Artículo 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por el, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

bienes públicos por parte de los servidores públicos, que en nada contraviene el debido proceso ni ningún otro derecho consagrado en la Constitución Política”.

A la vista de este razonamiento BRUZZONE y GULLGO se preguntan si la restricción que el tipo supone a las formas del debido proceso debe ser voluntariamente aceptada al tomar posesión del cargo. Y, tal interrogante les lleva a enlazar con otra cuestión de más amplio alcance, cual es si los derechos fundamentales son renunciables por parte de su titular. La respuesta que los propios autores brindan es que resulta altamente dudoso que por el mero hecho de ingresar en la función pública se renuncie al derecho a la presunción de inocencia⁴⁵. En este sentido se ha pronunciado CASTRO⁴⁶, para quien la especial posición de deber en la que se hallan los empleados públicos, no les convierte en sujetos al margen de las garantías individuales y, mucho menos puede admitirse que esta excepcionalidad se extienda a terceras personas que no gozan de tal cualidad y que, sin embargo, pueden verse sometidas a idénticas consecuencias penales⁴⁷.

Como puede verse, quedan reflejadas dos posturas antagónicas y difíciles de conciliar, a las que, sin embargo, no les falta parte de razón. Sin ánimo de mediar en tan ardua polémica, es preciso reconocer que los servidores públicos se encuentran en una especial posición⁴⁸ y, no menos cierto es que los derechos fundamentales son susceptibles de limitarse.

⁴⁵ BRUZZONE, G. A. y GULLCO, H., “Acerca de la controvertida adecuación constitucional del tipo penal de enriquecimiento ilícito del funcionario público”, en *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. V.V.A.A., Coord. G. A. BRUZZONE y H. GULLCO. Buenos Aires, 2005, p. 17 y ss.

⁴⁶ CASTRO, J. C., *El enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos*. Disponible en <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/ilicito.htm>.

⁴⁷ En efecto, piénsese que las penas previstas para la realización de esta conducta pueden extenderse a las personas interpuestas que no tienen por qué ostentar la condición de funcionario público.

⁴⁸ Sobre las mismas puede verse GARCÍA MACHO, R., *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*. Valencia, 1992; y LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid, 1994.

Ahora bien, aceptando ambas premisas, no puede dejar de admitirse que cualquier restricción operada en este ámbito – justificada o no por la condición del sujeto – ha de estar sometida, a su vez, a ciertos límites, fundamentalmente aquellos que impone las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad⁴⁹ porque, de no ser así, se corre el riesgo de operar más que una limitación, un auténtico vaciado de contenido⁵⁰.

De este modo, y por cuanto se refiere al delito que nos ocupa, conviene tener presente que lo que se castiga – aunque tampoco se trata de una cuestión pacífica, como tendremos ocasión de ver – es el enriquecimiento ilícito, mereciendo tal consideración aquel cuyo origen lícito no puede ser justificado por parte del funcionario. Es decir, no se parte, a diferencia de otros supuestos en los que se ha cuestionado la inversión probatoria, de que quede absolutamente acreditada la comisión de un hecho concreto constitutivo de una infracción penal; sino que, en este caso, lo único que se prueba y que, no olvidemos, justifica la imposición de una pena, es que el patrimonio del sujeto ha experimentado un incremento y que quien lo ha obtenido no ofrece explicación alguna acerca de su origen lícito.

Tenemos por tanto, que la posible vulneración de derechos fundamentales no va encaminada a la investigación y represión de la comisión de un delito – en cuyo caso procedería determinar si se han respetado las aludidas exigencias –, sino que tales derechos se cercenan para imponer una pena a lo que, en principio, es una conducta valorativamente

⁴⁹ Sobre la incidencia del mencionado principio en el Derecho penal, puede verse, CUERDA ARNAU, M. L., “Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal”, en *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. J. R. Casabó Ruiz*. Vol. I. Valencia, 1997; DE LA MATA BARRANCO, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia, 2007; y LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “La proporcionalidad de la norma penal”, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998.

⁵⁰ Precisamente, en relación con el derecho a la presunción de inocencia, ASECIO MELLADO, señala tres requisitos de necesariamente deben observarse. Así, en primer lugar, ha de haber una sospecha cuya intensidad debe ser mayor cuanto más compleja sea la medida restrictiva a adoptar; en segundo lugar, debe ser imprescindible la limitación a los fines de la investigación, es decir, no debe existir una medida menos gravosa para obtener el resultado; y, por último, el recorte operado en el derecho fundamental debe guardar una proporción con la gravedad de los hechos indagados y con la pena que, en su caso, le corresponda. ASECIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid, 1989, p. 80.

neutra. En efecto, innecesario debería ser tener que advertir que el simple hecho de enriquecerse no constituye ilícito alguno. Lo que, en cambio, sí merece un reproche penal es hacerlo empleando para ello determinados medios o, como pudiera acontecer aquí, obtener la referida ventaja patrimonial a través de la previa comisión de un delito que, además, según entiendo, ha de quedar circunscrito a los que afectan al buen funcionamiento de la Administración Pública⁵¹. Y, es precisamente este hecho el que queda sin acreditar y del que el beneficio patrimonial constituirá, a lo sumo, un indicio de su comisión; indicio que, en mi opinión, por sí sólo, tampoco bastaría para enervar la mencionada presunción.

En cualquier caso el debate, lejos de cerrarse – y aceptando el riesgo que entraña todo pronóstico – lleva camino de enconarse. En esta dirección apunta el hecho de que esté creciendo el número de países que incluyen esta figura en su legislación penal y, de la misma forma, son cada vez más quienes, con sólidos argumentos, cuestionan o critican abiertamente la conveniencia político-criminal de la misma por las sombras de inconstitucionalidad que sobre ella se ciernen. Poco es lo que, desde esta perspectiva, puedo añadir; por ello considero de mayor utilidad efectuar un análisis jurídico-dogmático que permita ver las dificultades que ha de arrostrar la aplicación práctica de un precepto de estas características.

2. BIEN JURIDICO PROTEGIDO: LA JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PUNITIVA

Todos los países que han decidido incluir el delito de enriquecimiento ilícito en el catálogo de conductas penalmente relevantes, lo hacen con el indisimulado propósito de sortear las dificultades probatorias que suelen encerrar la comisión de los delitos cometidos por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones⁵². A ello se le une, como ha

⁵¹ Con la única excepción del delito de enriquecimiento ilícito de particulares que contempla la legislación penal colombiana.

⁵² Al respecto, señala que SOLER confiesa que su tipificación responde a la necesidad de salvar la gran dificultad que supone probar hechos concretos

advertido SANCINETTI que genera una considerable alarma social el hecho de que los funcionarios públicos se enriquezcan durante el ejercicio de sus cargos y no pueda probarse la comisión del delito⁵³.

Que es este, y no otro, el fundamento de tan cuestionada figura se admite expresamente y sin ambages en México. En efecto, en el informe que presentó ese país a la Organización de Estados Americanos puede leerse que “dicho delito se utiliza como un instrumento adicional por el gobierno mexicano para sancionar a los servidores públicos que aumenten desproporcionadamente y sin justificación legal alguna su patrimonio y cuyo incremento pudo ser consecuencia de algún otro acto de corrupción tipificado como delito que no hubiere sido posible probar debidamente”. Y, parecidas razones se invocan en relación con la legislación penal colombiana, pues como reconoce CAMARGO, “la subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito de servidores públicos se pone en marcha para impedir que, por falta de demostración de uno o varios de los tipos de delitos contra la Administración pública, estos reatos queden en la impunidad”⁵⁴; o peruana, respecto de la que NAKAZAKI SERVIGON afirma que “esta figura delictiva surgió para evitar que delitos contra la administración pública que cometían funcionarios o servidores públicos queden en la impunidad por problemas de probanza”⁵⁵.

Se opta, de este modo, por una técnica de facilitación de pruebas, que ha sido constante en la legislación sobre terrorismo y crimen organizado; si bien, se separa de aquéllas en que mientras que para hacer frente a esas graves manifestaciones de la delincuencia se ha optado generalmente por un adelantamiento de la barrera punitiva⁵⁶, en esta ocasión, sin embargo, se

cometidos por funcionarios. SOLER, S. *Proyecto de Código Penal*. Buenos Aires, 1960.

⁵³ SANCINETTI, M. A., *El delito...*, *op. cit.*, p. 17 y 18; en idéntico sentido, CONTI, N. J. y SAUMELL, M. F., *Las figuras...*, *op. cit.*, p. 71. INCHAUSTI, M. A., *Enriquecimiento...*, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁴ CAMARGO, P. P., *El delito de enriquecimiento ilícito*. Bogotá, 2002, p.

36.

⁵⁵ NAKAZAKI SERVIGON, C. A., “Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria”, *Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, n° 33, 2002, p. 191.

⁵⁶ Sobre esta cuestión, puede verse, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid, 2005, p.103 y ss.

establece una intervención *a posteriori*; esto es, sancionando penalmente lo que podríamos denominar el resultado del presunto delito cometido.

Una vez determinada en estos términos la *ratio legis*, a nadie se le escapa que lo que subyace no es otra cosa que el deseo de poner fin al fenómeno de la corrupción. Lo que ya es más difícil es determinar si el castigo del delito de enriquecimiento ilícito es un delito instrumental o, por el contrario, posee autonomía material propia; y, de ser así, habrá que precisar cuál es el bien jurídico que pretende tutelarse al incriminar este delito; y, más concretamente, procede preguntarse si la tipificación del enriquecimiento ilícito va enderezada a la salvaguarda de idéntico interés que el que resulta protegido por el resto de figuras que lesionan o hacen peligrar el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Que la Administración Pública es un valor merecedor, necesitado y digno de ser protegido penalmente es algo que apenas sí necesita ser señalado; conviene matizar, no obstante, qué debe entenderse por tal. De conformidad con lo mantenido por un sector doctrinal mayoritario, el bien jurídico debe identificarse con el correcto desempeño de la función pública ejercido, por tanto, dentro de la legalidad; sin perjuicio, claro está, de que dicho bien común y genérico deba ser individualizado en relación con cada uno de los delitos que forman esta categoría⁵⁷. Dicho esto, falta por ver si el delito que se comenta incide en este bien jurídico categorial.

Desde luego, si de la ubicación sistemática de una figura ha de extraerse alguna conclusión al respecto, en el caso que nos ocupa, pocas dudas parecen existir puesto que el delito de enriquecimiento ilícito se sitúa, o bien, junto al resto de delitos que atentan contra el mencionado bien⁵⁸, o bien, en leyes especiales que regulan el correcto ejercicio de la Función Pública⁵⁹. De este modo, todo parece indicar que el comportamiento

⁵⁷ ASÚA BATARRITA, A., “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en *Delitos contra la Administración Pública*. Bilbao, 1997, p. 22; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*. 2ª Ed. Valencia, 1997, p. 19 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*. Valencia, 1999, p. 87.

⁵⁸ Capítulo IX bis del Título XI del Código penal argentino, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, México o Perú.

⁵⁹ A modo de ejemplo, puede citarse la Ley 8422 contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito de la función pública de Costa Rica, la Ley 2523 que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la función pública

penalmente relevante afecta, mediata o inmediatamente, al buen funcionamiento de la Administración Pública.

Ahora bien, la cuestión se torna más complicada cuando se atiende a que el daño a dicho interés se produce por el mero hecho de que el funcionario haga un uso torcido de su cargo y, por tanto, con independencia de que del mismo derive o no un beneficio o un perjuicio económico. Para apercibirse de que esto es así, no hay más que tener en cuenta que no todas las infracciones penales susceptibles de ser cometidas por funcionarios generan una ventaja patrimonial y no por eso deja de considerarse que suponen un atentado e, incluso, de considerable entidad, al referido bien jurídico. Por ello, puede concluirse sin dificultad que la apreciación de un daño a la Administración Pública no tiene por qué ir, en todo caso, condicionada a la obtención de un provecho por parte del funcionario, de la misma manera que no tiene por qué conllevar necesariamente un perjuicio económico para el Estado.

En otros supuestos, en cambio, el ánimo de lucro es consustancial a la existencia del delito. Pero, en tal caso, conviene tener presente que la lesión o puesta en peligro de dicho bien se produce en un momento anterior a la obtención de los ingresos generados por su comisión y, en consecuencia, la sanción penal del mero enriquecimiento nada añade a la lesión sufrida. Es más, desde esta perspectiva, no parece que pueda dejar de afirmarse que la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito supone hacer intervenir al Derecho penal en un momento que, hasta ahora, carecía de relevancia a estos efectos, cual es el agotamiento del delito. Y si esa decisión político-criminal resulta cuestionable, mucho más puede serlo cuando la única causa que la justifica se ampara en razones puramente utilitaristas.

Cierto es que resulta absolutamente reprochable el hecho de que un funcionario público se enriquezca a través de la comisión de delitos en el ejercicio de su cargo o en el desarrollo de la función pública y, más aún que haga ostentación pública del patrimonio así obtenido; pero no es menos verdad que ese repudio puede llevar a una confusión, más propia de otras épocas, entre Derecho y moral. Parece, de este modo, asistir la razón a CAMARGO cuando apunta que “establecer por la vía penal que una persona que no ha sido sentenciada ni puesta en interdicción de sus derechos civiles, sus dineros son mal habidos, no pasa de ser un temerario juicio moral, pero nunca será una transgresión de la ley penal en estricto Derecho penal”⁶⁰.

y el tráfico de influencias en Paraguay o la Ley contra la corrupción de Venezuela.

⁶⁰ CAMARGO, P. P., *El delito...*, *op. cit.*, p. 97.

Y, precisamente, esta afirmación enlaza con la segunda cuestión que debe ser tratada. Como ha quedado dicho, la referencia al buen funcionamiento de la Administración Pública constituye una categoría sistemática o, si se quiere, un criterio que sirve para agrupar una serie de delitos cuyo bien jurídico deberá ser precisado en cada caso; y, esto ha de hacerse en función del aspecto concreto de ese correcto funcionamiento de la misma que quiera protegerse. Pues bien, es ahí donde estriban las mayores dificultades en relación con el delito que se comenta.

Como señalan CONTI y SAUMELL, se ha ido abriendo paso la idea de que lo que se protege es la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la Administración pública⁶¹. Y, en este sentido, se ha dicho que “el propósito protector apunta a preservar la ética del funcionario en cuanto base ésta del respeto a los organismos del Estado por parte de los administrados, la que debe considerarse agredida por la conducta de cuya represión se trata. Se preserva con la figura en análisis, el decoro, la dignidad, la insospechabilidad de la Administración pública”⁶².

Esta tesis ha sido acogida en algún pronunciamiento jurisdiccional y así, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Argentina que, en su sentencia de 31 de mayo de 2004, precisa que la tutela penal de este delito se dirige a la “transparencia, gratuidad y probidad que debe respetar la propia Administración y quienes la representa” para a continuación afirmar que la realización de esta conducta “afecta la imagen y el decoro que aquéllos (los funcionarios) deben observar, valores que el legislador, de acuerdo con razones de conveniencia que no corresponde revisar en el ámbito judicial, ha venido a resguardar bajo amenaza penal”. Y, similar es, asimismo, la posición que ha mantenido la Corte Constitucional colombiana, al afirmar con total rotundidad que lo que se protege es “ante todo, la moral social”⁶³.

A la vista de lo que antecede, es fácil colegir que nos encontramos en un ámbito proclive para la justificación ética de la sanción penal de estos comportamientos⁶⁴. Como ya advirtiera ASÚA BATARRITA, ha sido frecuente tildar al funcionario corrupto de falto de probidad, innobles apetencias, falto de integridad y rectitud, infiel al Estado o desleal; se trata,

⁶¹ CONTI, N. J., y SAUMELL, M. F., *Las figuras...*, *op. cit.*, p. 60.

⁶² INCHAUSTI, M. A., *Enriquecimiento...*, *op. cit.*, p. 39 y ss. Si bien este mismo autor denuncia el peligro de este entendimiento.

⁶³ Sentencia C-319/96, de 18 de julio.

⁶⁴ Sobre esta cuestión, véase, SANCINETTI, M. A., *El delito... op. cit.*, p. 17 y ss.

en definitiva, de “explicaciones que sitúan confusamente la desaprobación en actitudes o tendencias, en calificaciones subjetivizadas que poco dicen de la significación objetiva del hecho para la sociedad, ni de lo que debe constituir el reproche jurídico: la nocividad objetiva para las expectativas legítimas de los ciudadanos respecto al funcionamiento de las instituciones bajo el imperio de la ley”⁶⁵.

Cuestión distinta es determinar si el bien jurídico así concebido tiene sustantividad propia para justificar la intervención penal. Como es lógico, la respuesta al interrogante planteado dependerá en gran medida de la función que al Derecho punitivo se le asigne y, en última instancia, de la propia concepción de Estado que se mantenga⁶⁶. Habrá que decidir, por consiguiente, si se puede justificar la creación de un delito por el mero hecho de que facilite la condena autónoma por hechos supuestos que no pueden probarse. Y, lo que aún es más difícil de aceptar, que se haga a través de formulaciones típicas que comportan técnicas legislativas difícilmente compatibles con derechos fundamentales y que, además, propician interpretaciones extensivas o flexibles. En este contexto, el legislador debería ser especialmente cauto para, si se considera conveniente político-criminalmente el castigo de este delito, establecer exigencias y controles que se avengan mejor con un Derecho penal garantista.

Lo hasta aquí dicho no significa, ni mucho menos, que deba permanecerse impassible frente a la constatación de que un funcionario público haya obtenido un patrimonio cuya lícita procedencia no pueda justificarse. Antes bien, tal hecho, podrá constituir un valioso indicio de la comisión de un delito que, por otra parte, no tiene por qué pertenecer necesariamente a la categoría de aquellos referidos a la Administración Pública. Pero, como tal indicio que es, habrá de servir para no escatimar esfuerzo alguno en orden a averiguar y, en su caso, sancionar la concreta conducta delictiva realizada. En consecuencia, y ni que decir tiene que no se trata más que de una opinión, las dificultades probatorias por considerables que sean, no pueden servir de excusa para la imposición de una pena a un sujeto por reprobables que puedan ser los hechos cuya comisión se sospecha. Porque, además, hay que tener en cuenta que, de ser así, se corre otro riesgo nada desdeñable; en efecto, puede perderse todo interés por castigar el delito efectivamente cometido contentándose – si a alguien puede satisfacer esto –

⁶⁵ ASÚA BATARRITA, A., “La tutela penal...”, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁶ Sobre tal cuestión, puede verse GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Derecho penal y teoría de la democracia”, en *Historia y Derecho. Estudios en homenaje al Prof. A. García Sanz*. Valencia, 1995, p. 449 y ss.

con la imposición de una pena que en modo alguno guardará proporción con el hecho concreto que pueda haberse cometido.

3. CONDUCTA TÍPICA

3.1. Naturaleza activa u omisiva del delito

El primer país que sancionó penalmente el enriquecimiento ilícito fue Paraguay. Así, el artículo primero del Decreto 448/1940, de 18 de marzo, preveía la imposición de una pena para todo funcionario o empleado público que se enriqueciera directamente o por persona interpuesta por el ejercicio ilegal o deshonesto de su cargo o de la influencia derivada del mismo⁶⁷.

Esta iniciativa fue seguida por Argentina que introdujo el art. 268 (2) en el Código penal por medio de la Ley 16.648 (Boletín Oficial de 18 de noviembre de 1964). La redacción actual, procedente de la reforma operada en el texto punitivo mediante la Ley n° 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (Boletín Oficial de 1 de noviembre de 1999), no supone cambio alguno en lo que a la descripción de la conducta típica se refiere respecto de la redacción original. Así, lo que parece merecer un reproche penal es no justificar la procedencia de un incremento patrimonial apreciable tras haber sido debidamente requerido para ello⁶⁸.

⁶⁷ Art. 1.- Todo funcionario o empleado público de cualquier clase o jerarquía, sea designado por el nombramiento o elección, que se enriqueciera directamente o por interpuesta persona, por el ejercicio ilegal o deshonesto de su cargo o de la influencia derivada del mismo, será castigado con prisión de uno a diez años o inhabilitación por mismo tiempo, siempre que el hecho no constituyera un delito más grave. Este Decreto ha sido derogado por la Ley N° 2523 que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la función pública y el tráfico de influencias, de 25 de noviembre de 2004.

⁶⁸ *Vid.* Anexo.

Es, precisamente, la fórmula empleada o, por mejor decir, la imprecisión de la que adolece, la que ha dado origen a un intenso debate acerca de cuál es el comportamiento tipificado. Al margen de posturas minoritarias que mantienen que se trata de un delito complejo que se compone de dos actos: el de enriquecerse y el de no justificar; o la de quien defiende que la dicción literal del precepto aboca a estimar que estamos ante un delito de comisión por omisión, la mayor parte de los autores que tratan esta cuestión consideran que lo que se castiga es una única modalidad de conducta: una omisión y, para otros, una acción positiva.

Así, un importante sector doctrinal argentino, quizás para soslayar los reparos constitucionales que plantea el precepto⁶⁹, ha mantenido que lo que da lugar a la sanción penal no es un comportamiento activo – el hecho de enriquecerse – sino una omisión: la de no justificar la procedencia del enriquecimiento cuando se ha sido requerido para ello. En este sentido, SOLER⁷⁰, comparando al funcionario con quien es sorprendido in fraganti y equiparándolo después al administrador de bienes de terceros, le atribuye un deber de información cuyo incumplimiento sería merecedor de un reproche penal. Esta postura, llevada hasta sus últimos extremos, obliga a DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO a afirmar, en coherencia con el postulado del que parten, la existencia de delito aún en el supuesto de que el enriquecimiento tenga un origen lícito, pero el funcionario se niegue a justificar este extremo⁷¹.

Un planteamiento radicalmente distinto es el de quienes, como SANCINETTI, parten de entender que la conducta típica consiste en una acción positiva y, en consecuencia, lo que la norma prohíbe es que el

⁶⁹ En este sentido afirman CONTI y SAUMELL que “es indudable que el encorsetamiento del enriquecimiento debido como un delito omisivo es fruto de la intención de la doctrina de salvar a la figura de los vicios de inconstitucionalidad, estableciendo como conducta reprimida la del deber jurídico de declarar el origen de los bienes que acrecientan el patrimonio cuestionado. CONTI, N. J., y SAUMELL, M. F., *Las figuras...*, *op. cit.*, p. 99. Y, en parecidos términos, HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “Notas...”, *op. cit.*, p. 804.

⁷⁰ En idéntico sentido, ANGELINI, L. M., *Comentario sobre el delito de enriquecimiento ilícito*. Disponible en <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/comentarioilicito.htm>. DE LUCA, J. y LÓPEZ CASARIEGO, J., “Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional”, en *La Ley*, 2000, Buenos Aires, p. 251 y 252.

⁷¹ DE LUCA, J. y LOPEZ CASARIEGO, J., “Enriquecimieto ilícito...”, *op. cit.*, p. 251 y 252.

funcionario se enriquezca⁷². Son varios los argumentos que se esgrimen a favor de esta posición. Resumidamente podría decirse, en primer lugar, que se parte de que, un entendimiento distinto conduciría a afirmar que bastaría para eludir las consecuencias penales con que el funcionario informara sobre el previo acto cometido, con independencia de la veracidad y del contenido de los datos aportados. Sin embargo, en opinión del citado autor, la imposición de la pena prevista depende del cumplimiento veraz de ese deber de información; por lo que la justificación requerida vendrá a demostrar la inocencia respecto de un delito cuya comisión la ley presume.

En segundo lugar, debe tomarse en consideración que, de tratarse de un delito omisivo, estaríamos ante un delito formal que, en su opinión, tiene un mejor encaje en otros tipos de incumplimiento⁷³. Por último, no puede desconocerse que configurar este delito como una omisión conduciría al absurdo de castigar por enriquecimiento ilícito al funcionario público que no justifica su incremento patrimonial incluso en aquellos supuestos en los que sea un tercero el que aporte las pruebas de la licitud del mismo; ya que, en ese caso, no ha resultado afectado el bien jurídico que dice protegerse y, la pena que correspondería es la prevista para el delito de desobediencia⁷⁴.

Estos reparos le llevan a concluir que no se trata de un delito de omisión, sino que presume uno comisivo por lo que estamos ante lo que denomina “un tipo penal en pareja” de cada uno de los delitos que pueden ser cometidos por funcionario y que conlleven un enriquecimiento⁷⁵. Y, de este modo, se encontraría asimismo una explicación satisfactoria para la sanción de la persona interpuesta, cuyo castigo sería imposible de concebirse el injusto como un mero incumplimiento del deber de información que únicamente le corresponde al funcionario⁷⁶.

Los interrogantes que hasta aquí han sido brevemente expuestos también se han visto reflejadas en una jurisprudencia vacilante y carente de unanimidad⁷⁷; si bien la Cámara Nacional de Casación Penal ha mantenido,

⁷² CONTI, N. J., y SAUMELL, M. F., *Las figura...*, *op. cit.*, p. 98.

⁷³ SANCINETTI, M. A. *Delito... op. cit.*, p. 32.

⁷⁴ SANCINETTI, M. A. *Delito... op. cit.*, p. 105.

⁷⁵ SANCINETTI, M. A. *Delito... op. cit.*, p. 114.

⁷⁶ SANCINETTI, M. A. *Delito... op. cit.*, p. 118 y 119.

⁷⁷ Sobre el tratamiento que esta cuestión ha merecido, puede verse SOSA, O. y PORTOCARRERO, E., “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público”, en V.V.A.A., coord. por G. A. Bruzzone y H. Gullco. *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. Buenos Aires, 2005. p. 46 y ss.

siguiendo la tesis que fuera expuesta por FONTÁN BALESTRA⁷⁸, que el ilícito consiste en enriquecerse y la falta de justificación posterior es una condición objetiva de punibilidad⁷⁹.

Como se ve, no se trata de una cuestión fácil de dilucidar y, sin embargo, de ella derivan importantes consecuencias en aras de la interpretación y aplicación de tan controvertido precepto. Ello obliga a efectuar algunas consideraciones.

Así, según entiendo no debe considerarse la falta de justificación del origen del patrimonio como una condición objetiva de punibilidad. Bien es verdad que en modo alguno estamos ante una categoría pacífica⁸⁰ mas, aceptando la definición propuesta por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, si por tal deben entenderse “los hechos futuros e inciertos (condiciones), independientes de la voluntad del autor (objetivas), que determinan la punición o la mayor o menor punición de la conducta”⁸¹ se hace preciso concluir entonces que, en este caso concreto, la ausencia de justificación no es ajena al sujeto pues de él depende – y sólo de él, tal y como ha sido configurado el tipo – el que justifique o no el enriquecimiento patrimonial advertido. Pero, con independencia de la discrepancia acerca de esta pretendida naturaleza jurídica y por cuanto aquí interesa, sí creo que estamos ante un comportamiento activo y, en mi opinión, además de cuanto ha quedado expuesto, avalan este entendimiento las siguientes razones.

En primer lugar, la propia denominación de la figura parece indicar que la conducta a reprimir sea precisamente esa, la de enriquecerse; pero, al margen de aspectos formales, no hay duda de que la determinación de la conducta punible ha de venir condicionada por el bien jurídico que se estime vulnerado. De este modo, y partiendo de que, al menos mediatamente se pretende proteger el buen funcionamiento de la Administración Pública, dicho interés se resiente necesariamente cuando el servidor público hace un

⁷⁸ FONTÁN BALESTRA, C. Tratado de Derecho penal. Buenos Aires, 1971. En el mismo sentido y en relación con el legislación penal mexicana, DÍAZ ARANDA, E., *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*, México, 1999; p. 109.

⁷⁹ Sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal de 8 de mayo de 2000 (caso “Pico”).

⁸⁰ Sobre tal cuestión puede verse MAPELLI CAFARENA, B., *Estudio jurídico dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid, 1990.

⁸¹ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTON, T. S., *Derecho penal. Parte General*. 5ª Ed. Valencia, 1999, p. 430.

uso abyecto de la misma para obtener un beneficio indebido; ahora bien, no es menos cierto que también se verá afectada cuando el sujeto incumple los deberes inherentes a su condición si bien, este mero incumplimiento no justifica el recurso a la intervención del Derecho penal. No quiere ello decir que no merezca un reproche sino que, según entiendo, encuentra una solución más adecuada – y, desde luego, más respetuosa con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad – en las sanciones disciplinarias.

Incidiendo en esta línea argumentativa si, como digo, la falta de respuesta al requerimiento no puede dar lugar a una respuesta penal tan severa como la prevista en el artículo 268 (2) del Código penal argentino – prisión de dos a seis años, multa del cincuenta al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua – conviene reparar en que la pena pecuniaria se determina en proporción a la cuantía del incremento patrimonial indebido, como si se tratara del “resultado” del delito, lo que carecería de toda lógica de concebirse como delito omisivo. Pero es que, además, repárese en que la imposición de la pena prevista depende de que el enriquecimiento sea “apreciable” o no. Dejando a un lado la incidencia que el uso de estos términos normativos pendientes de valoración tienen en el principio de legalidad por la indeterminación que suponen y por permitir que sea el juez, y no el legislador, quien delimite el ámbito de lo punible⁸², lo cierto es que si el injusto se concreta en la falta de justificación, no resulta fácil de admitir tal condicionamiento.

Finalmente, y ya en sede concursal, hay que decir que, de admitir que la conducta típica consiste en la omisión del deber de justificar la procedencia del incremento patrimonial, la inobservancia de esta obligación deviene compatible con la existencia de otros delitos susceptibles de ser cometidos por el funcionario público; de este modo, nada impediría la apreciación de un concurso de delitos entre éste y aquel otro del que pudiera proceder el enriquecimiento apreciado. En cambio, si consideramos que el núcleo de la conducta es el enriquecimiento la solución, esta vez, ha de venir propiciada por las reglas que solucionan el concurso aparente de normas. Bien es verdad que el legislador penal argentino, a diferencia de otros⁸³, no se decanta expresamente por ninguna de estas opciones pero, por cuanto luego se dirá, la vigencia del principio *ne bis in idem* hace preferible la segunda de las alternativas enunciadas.

⁸² Al respecto, véase VIDALES RODRÍGUEZ, C., La eficacia... *op. cit.*, p. 44 y ss.

⁸³ Como, por ejemplo, el legislador colombiano, chileno o venezolano.

Tal vez las dudas exegéticas de las que ha quedado constancia han provocado que quienes con posterioridad al legislador argentino han incluido esta conducta en el catálogo de comportamientos penalmente relevantes, hayan tratado de precisar con mayor rigor la conducta incriminada. Así, por ejemplo, el legislador mexicano es tajante al disponer en el artículo 224 del Código Penal de la Federación que se sanciona penalmente a quien haya incurrido en enriquecimiento ilícito; para a continuación afirmar que existe enriquecimiento ilícito cuando no pueda acreditarse el legítimo aumento patrimonial o la legítima procedencia de los bienes en cuestión⁸⁴. Parece, por tanto, que lo que se castiga no es una omisión; sino un comportamiento activo: el obtener un incremento patrimonial ilícitamente. No obstante, pese a que, como digo, la redacción dada apunta en esa dirección, tampoco se ha evitado una intensa discusión doctrinal en la que no faltan partidarios de concebir el tipo como omisivo⁸⁵ e, incluso, como delito complejo⁸⁶.

En parecidos términos se pronuncia el legislador colombiano, destacando el carácter de delito de acción, al establecer en el artículo 412 del Código penal⁸⁷ que el injusto radica en la obtención, para sí o para otro, de un incremento patrimonial injustificado⁸⁸. Y, lejos de tratarse de un caso aislado, se ha seguido idéntico criterio en Costa Rica, El Salvador, Venezuela, Ecuador, Chile o Perú⁸⁹ e, incluso en países que tienen proyectadas reformas legislativas en este ámbito como es el caso de Honduras⁹⁰ o Bolivia⁹¹.

⁸⁴ Puede verse el texto íntegro que figura en el Anexo.

⁸⁵ PINTO LEÓN, I., *El enriquecimiento...*, op. cit., p 66.

⁸⁶ CÁRDENAS RIOSECO, R. F., *Enriquecimiento...*, op. cit., p. 206 y 207.

⁸⁷ Vid. Anexo.

⁸⁸ En este sentido, CANCINO, A. J. y TOSCANO DE SANCHEZ, M., *El delito de enriquecimiento ilícito*. Bogotá, 1986; p. 29 y SABOGAL QUINTERO, M. y SÁNCHEZ MONTOYA, L. A., *El enriquecimiento... op. cit.*, p. 39. Se muestran, en cambio, partidarios del carácter omisivo de esta conducta, ESCOBAR LÓPEZ, E., *Estatuto Anticorrupción (Ley 190 de 1995). Estudio Técnico-jurídico íntegro*. Medellín, 1996; p. 268 y FERREIRA DELGADO, F. J., *Delitos...*, op. cit., p. 147.

⁸⁹ En el Anexo que aparece al final de este trabajo puede verse el texto íntegro de tales preceptos.

⁹⁰ El art. 421 del Anteproyecto de Código penal establece que “quien siendo funcionario o servidor público, obtenga de forma directa o por intermedio de tercera persona, un incremento patrimonial no justificado, derivado de alguna forma del ejercicio del cargo o función que desempeña, incurre por este sólo hecho, en pena de cinco (5) a quince (15) años de prisión y multa

3.2. El origen del incremento patrimonial

Menos problemática que la determinación de la naturaleza comisiva u omisiva de la conducta objeto de comentario, es el origen del incremento patrimonial. Y, es que, en efecto, pocas dudas parece haber respecto de que el único aumento de patrimonio que hace nacer la responsabilidad penal a título de enriquecimiento ilícito es aquel que deriva del ejercicio del cargo o del desempeño de una función pública⁹². A esta conclusión obliga tanto una interpretación sistemática como una teleológica. Por ello no es extraño que la vinculación entre el enriquecimiento del funcionario y el cargo que ocupa esté expresamente prevista en determinados preceptos⁹³ o bien porque puede

equivalente al valor del enriquecimiento ilícito, sin que exceda de cinco mil (5000) días”.

⁹¹ El Proyecto de Ley de Lucha contra la Corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas, tipifica esta figura en los siguientes términos: Art. 149 bis. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. El que en ejercicio de la función pública, custodia, explotación, uso o administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interpósita persona, natural o jurídica, acreciente su patrimonio considerablemente respecto de sus ingresos, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecten su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directa o por medio de otras personas jurídicas y no justifique la procedencia legal, será sancionado con privación de libertad de 8 a 12 años, multa de hasta quinientos días y la confiscación de los bienes obtenidos ilegalmente.

Las mismas sanciones se aplicarán para el caso de la persona natural que mediante actividad privada por sí o a través de una persona jurídica, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce de derechos, cancele sus deudas o extinga obligaciones, que afecten dicho patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación directa o indirecta y no justifique su procedencia legal.

⁹² En igual sentido, DÍAZ ARANDA, E., *Enriquecimiento...*, *op. cit.*, p. 122.

⁹³ A modo de ejemplo puede citarse el art. 224 del Código penal de la Federación mexicana que exige que el enriquecimiento ilícito se produzca con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público;

inferirse sin dificultad de la referencia legal a un concreto período temporal directamente relacionado con esta situación⁹⁴.

Como digo, la necesaria relación entre aprovechamiento y el ejercicio del cargo o desempeño de la función pública que, por otra parte, viene a reforzar el entendimiento de que lo que se pretende evitar es el empleo perverso e interesado de la función pública, supone dejar fuera del ámbito de lo punible toda aquella ventaja patrimonial que no derive de tal actividad, ni aun en el supuesto de que para su obtención haya habido un prevalimiento del mismo. Es decir, atendidos el origen y el fundamento de este delito, parece que haya que concluir que únicamente será susceptible de ser considerado objeto material del delito de enriquecimiento ilícito aquel incremento patrimonial que, además de cumplir el resto de exigencias que se explicitan en los diferentes tipos penales y que veremos seguidamente, esté directamente relacionado con el ejercicio del cargo o el desempeño de la función pública. Esta restricción, operada atendiendo al origen y al fundamento de esta infracción, no tiene por qué significar que la tenencia de bienes de origen delictivo, pero de una naturaleza diferente, por parte del funcionario público haya de ser penalmente irrelevante; antes al contrario, será frecuente que haga nacer la responsabilidad penal, eso sí, a título de un delito distinto y, más concretamente y, en caso de darse las exigencias típicas, los delitos de encubrimiento, receptación o blanqueo o lavado de capitales⁹⁵.

De este modo y de ser ciertas consideraciones, han de quedar fuera del ámbito de aplicación de tales preceptos, por no ser abarcados por el fin de protección de la norma, aquellos beneficios patrimoniales procedentes de cualquier otra actividad delictiva, en la que la condición de funcionario público nada tenga que ver con la misma sin perjuicio, claro está, de que esa característica subjetiva pueda dar lugar a una mayor responsabilidad penal, bien por la aplicación de un subtipo agravado, bien por la apreciación de una circunstancia genérica de agravación.

⁹⁴ Así sucede, verbigracia, en el Código penal argentino que considera únicamente relevante aquel incremento de patrimonio que tiene lugar con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después del cese.

⁹⁵ En relación con este último, piénsese que cada vez son más los convenios internacionales que se muestran proclives a ampliar el número de delitos que pueden servir de base para la apreciación posterior de un delito de blanqueo o lavado de capitales y lo extienden a cualquier manifestación grave de la delincuencia.

Otra pregunta que surge en relación con el tema del que se viene tratando es aquella que va referida a si la actividad de la que los bienes proceden ha de ser en todo caso delictiva o, por el contrario, podría dar lugar a un posterior delito de enriquecimiento ilícito, el beneficio obtenido a través de la realización de cualquier actividad ilegal. A favor de la segunda opción se han mostrado, entre otros, FERREIRA DELGADO y MANFRONI. Para el primero de los autores citados, todo incremento es punible siempre que carezca de una explicación financiera, legal y contable⁹⁶. En parecidos términos se pronuncia el segundo de los autores aludidos ya que, en su opinión, el Estado tiene derecho a que sus funcionarios tengan únicamente el patrimonio que derive de sus actividades lícitas, lo que le lleva a concluir que es indiferente la procedencia de tales bienes puesto que lo que se castiga es la falta de transparencia de sus administradores⁹⁷.

La respuesta, desde luego, dista de ser sencilla. Si lo que se pretende castigar es cualquier incremento patrimonial del funcionario que no se corresponda con sus ingresos legítimos, no cabe duda de que el tipo vendría en aplicación. Otra será, sin embargo, la conclusión si se atiende a que la incriminación de este delito responde a la incapacidad de demostrar la comisión de otros delitos contra la Administración Pública y, en consecuencia, pretendía ser un mecanismo eficaz contra este tipo de delincuencia. Desde esta perspectiva, no sale bien parado el principio de intervención mínima – y, al mismo tiempo, repercute en el principio de igualdad – al equiparar a efectos punitivos los incrementos patrimoniales procedentes de la comisión de un delito de aquellos otros cuyo origen esté en una conducta penalmente irrelevante. Claro que no se me escapa que la diferenciación pretendida obliga a probar la procedencia de los bienes que es, precisamente, lo que conlleva importantes dificultades y que, precisamente por ello, se ha considerado oportuno tipificar el mero enriquecimiento.

3.3. Requisitos del incremento

3.3.1. El incremento patrimonial

⁹⁶ FERREIRA DELGADO, F. J., *Delitos...*, *op. cit.*, 1985, p. 121.

⁹⁷ MANFRONI, A., *La Convención...*, *op. cit.*, p. 148 y ss.

Comenzando por el elemento típico que menos dificultades interpretativas ofrece, hay que decir que la conducta penalmente relevante va referida a un incremento del patrimonio que puede consistir tanto en un aumento del activo, como en una disminución del pasivo. Cierto es que la mayor parte de los textos legislativos no hacen referencia alguna, con la sola excepción de Argentina y Costa Rica⁹⁸; pero no menos verdad es que en ambos casos puede apreciarse una ventaja patrimonial cuya obtención es, precisamente, lo que se pretende sancionar. Como afirma FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, “incrementar es aumentar, crecer, y referido al patrimonio económico significa inequívocamente sumar bienes al activo o restar deudas u obligaciones al pasivo”⁹⁹.

Ni que decir tiene que cuando se hace referencia al incremento patrimonial se alude a la incorporación por cualquier título de un bien susceptible de ser valorado económicamente. Pero a continuación de esta afirmación, que puede parecer una obviedad, habrá que preguntarse, en consonancia con el concepto mixto o jurídico-económico de patrimonio que se maneja en los delitos que tienen tal objeto de tutela, si el bien que se incorpora además de ser valuable económicamente, ha de estar vinculado al sujeto que lo entrega por una relación que goce de reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico; porque, de ser así, no podrán ser objeto de este delito los llamados bienes *extra commercium*, sin perjuicio de que su mera posesión de lugar a otro tipo de responsabilidades¹⁰⁰. Estos supuestos que, por razones evidentes, tendrán una escasa trascendencia práctica sí sirven al propósito de ilustrar como no toda afección al bien jurídico tiene cabida en el tipo y, asimismo, permite concluir que no toda ventaja que pueda obtenerse constituye un enriquecimiento penalmente perseguible.

Una hipótesis parecida y que, en cambio, tiene más posibilidades de darse es aquella que se refiere a los casos en los que se entrega al

⁹⁸ En el primer país citado se afirma que hay enriquecimiento ilícito no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones. Por su parte, en Costa Rica se hace referencia a acrecentamiento del patrimonio, adquisición de bienes, disfrute de derechos, cancelación de deudas o extinción de obligaciones.

⁹⁹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. “Aspectos jurídicos de los tipos de enriquecimiento ilícito”, en CAMARGO, P. P., *El delito...op. cit.*, p. 127. En igual sentido, DÍAZ ARANDA, E., *Enriquecimiento...*, *op. cit.*, p. 98.

¹⁰⁰ Baste pensar en la tenencia de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, bienes pertenecientes al patrimonio histórico o bienes cuyo comercio constituya un delito de contrabando.

funcionario, como contraprestación a sus “gestiones”, bienes o dinero procedentes de la comisión de otro delito en el que no ha tenido intervención alguna. En tales casos y, por supuesto, si el sujeto es conocedor esta procedencia delictiva y de concurrir, asimismo, el resto de elementos requeridos, la conducta podría tener encaje no sólo en el delito que se comenta, sino también en aquellos otros destinados a sancionar un auxilio postdelictual; es decir, el encubrimiento, la receptación o el blanqueo o lavado de capitales.

De darse, insisto, los requisitos establecidos en estas otras figuras se produce un complejo entramado de relaciones que no es fácil desenmarañar. Creo, aunque toda respuesta que se brinde en este ámbito no deja de ser arriesgada, que la solución pasa por entender que se produce un concurso aparente de normas y que los delitos que podríamos denominar de referencia, por cuanto que requieren la existencia previa de otro delito, son de aplicación preferente frente al delito de enriquecimiento ilícito; sin perjuicio de estimar que hay un concurso, ahora sí, de infracciones, entre estos delitos y el correspondiente delito contra la Administración Pública. Sólo de esta forma tiene reflejo en la pena la lesión que se ocasiona a los bienes jurídicos en juego; esto es, además del correcto funcionamiento de la Administración Pública, la Administración de Justicia y el llamado orden socio-económico¹⁰¹. Cuestión distinta y, que desde luego, su tratamiento excedería con creces el objeto del presente trabajo es dilucidar cuál de estas figuras – encubrimiento, receptación o blanqueo – vendría en aplicación y ello porque la respuesta está condicionada por la naturaleza del delito previamente cometido¹⁰² y la conducta concretamente realizada¹⁰³.

¹⁰¹ Sobre el bien jurídico protegido en estos delitos puede verse, VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*; Valencia, 1997 y *El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada*. Center for the Administration of Justice. Florida International University. Miami, 1998.

¹⁰² En este sentido, conviene tener presente que hay países que circunscriben el delito de receptación a la previa comisión de un delito patrimonial; y de igual modo, hay otros que limitan el ámbito de aplicación del delito de blanqueo o lavado a los bienes que proceden únicamente de los delitos relacionados con el tráfico de drogas. Si bien es preciso advertir que en relación con este último delito se observa una tendencia expansiva que incluya los rendimientos de otras actividades delictivas, fundamentalmente las relacionadas, precisamente, con la corrupción y también con la delincuencia organizada y el terrorismo y ello tanto en el marco internacional, como por parte de las diferentes legislaciones nacionales.

3.3.2. La apreciabilidad del mismo

En algunos de los países que tipifican este delito basta para la intervención penal con que se haya producido un enriquecimiento y éste sea injustificado¹⁰⁴ sin que nada se diga, por tanto, acerca de la cuantía que debe alcanzar, salvo para determinar la sanción pecuniaria que, frecuentemente, va establecida en proporción al beneficio obtenido o, incluso de él se hace depender la mayor o menor severidad de la pena privativa de libertad. En otros, en cambio, se exige, a través de fórmulas diversas que el incremento patrimonial revista cierta importancia¹⁰⁵.

En cualquier caso, se hace preciso señalar que ninguna de las dos alternativas está exenta de objeciones. En efecto, respecto del primer supuesto, conviene tener presente que esta falta de restricción puede dar pie a que se impongan sanciones penales ante cualquier aumento del patrimonio, por nimio que éste sea. Y, por ello no resulta improcedente recordar que es precisamente en este ámbito de la delincuencia donde el principio de insignificancia, derivada el principio de proporcionalidad o de intervención mínima, cobra una especial importancia.

La segunda opción merece, al menos, dos consideraciones. La primera, viene impuesta por la necesaria conexión entre la conducta típica y el bien jurídico protegido. En este sentido, se hace difícil justificar por qué, de ser éste, el correcto funcionamiento de la Administración Pública, el castigo debe estar condicionado por la mayor o menor entidad del beneficio obtenido. Como ha quedado dicho, el daño para tal interés viene provocado por el torcido ejercicio de la función pública y, en consecuencia, la graduación de la pena o su propia existencia debería depender de la entidad de la lesión que se le produzca y no de otros factores extraños al contenido de injusto. Ni que decir tiene que a una conclusión muy distinta se llegaría

¹⁰³ Sobre tal cuestión, puede verse, DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*. Valencia, 1997, p. 339 y ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 150 y ss.

¹⁰⁴ Es el caso, por ejemplo, de Colombia, Costa Rica, Ecuador o México.

¹⁰⁵ Así, el legislador argentino exige que sea “apreciable”, en la legislación penal salvadoreña se requiere que suponga un “significativo exceso con respecto a sus ingresos legítimos”, en Venezuela ha de ser “desproporcionado”, por último el legislador chileno considera que debe ser “relevante”.

de entender que lo que pretende preservarse es el llamado orden socioeconómico que, como tal orden que es, no admite la puesta en circulación de bienes procedentes de la comisión de delitos. Ahora bien, si así fuera, la descripción de la conducta típica diferiría notablemente de la que hasta aquí estudiada y, desde luego, plantearía unos problemas de muy distinta índole.

La segunda cuestión anunciada va referida al empleo de cláusulas tan poco precisas como “apreciable”, “desproporcionado” o “notable”. Su inclusión responde al deseo de dejar fuera del ámbito de lo punible comportamientos que tengan escasa significancia; sin embargo, al tratarse de términos normativos pendientes de valoración pueden resultar poco respetuosos con las exigencias emanadas del principio de legalidad. Al respecto, piénsese que no sólo no garantiza el principio de certeza jurídica al impedir que el sujeto pueda predecir con un mínimo de seguridad las consecuencias jurídicas del actuar – fundamento jurídico del principio de legalidad –, sino que, además, deja un amplio margen de apreciación judicial lo que, a su vez, resulta contrario al fundamento político del mencionado principio¹⁰⁶ y podría vulnerar, asimismo, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

3.3.3. La no justificación de su procedencia

Como ha quedado expuesto, la falta de justificación de la procedencia del enriquecimiento es un elemento típico cuya naturaleza es discutida. Así, para algunos autores – los que consideran que se trata de un delito omisivo – constituye el núcleo del injusto. Para otros, en cambio, es una condición objetiva de punibilidad. Y, por último hay quien ha mantenido que su ausencia nada añade a la lesión al bien jurídico, sino que se trata de

¹⁰⁶ A una conclusión muy distinta llega, sin embargo, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Argentina, en su sentencia de 31 de mayo de 2004 (Caso “Alzogaray”) al establecer que debe entenderse por “apreciable”, aquel incremento desmedido, desproporcionado y notorio que, en definitiva, exceda de las posibilidades económicas procedentes de ingresos legítimos; y, puesto que así ha sido entendido por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, “no se advierte indeterminación alguna en relación a este elemento del tipo penal”.

una oportunidad para que el acusado evite la sanción penal y, por tanto, sería una condición de procedibilidad¹⁰⁷ o el ejercicio de su derecho de defensa¹⁰⁸.

Como se ve, lo que se mantenga al respecto viene en gran medida condicionado por el modo en que se haya concebido la conducta típica. Así, de mantenerse, como aquí se ha hecho, que ésta consiste en enriquecerse aprovechando el ejercicio de cargo o de la función pública, razones de coherencia metodológica obligan a concluir que la justificación de la procedencia del incremento patrimonial determina la irrelevancia penal del enriquecimiento, al menos a efectos de este delito¹⁰⁹. Se parte, por tanto, del entendimiento mayoritario de que el empleo del verbo justificar equivale a explicar la procedencia lícita del patrimonio obtenido. En este sentido, advierte INCHAUSTI que la comisión de un delito previo explicará el enriquecimiento, pero no puede justificarlo, es decir, es incapaz de demostrar la inocencia de lo que se imputa o se presume¹¹⁰. Por tanto, como afirman CANCINO y TOSCANO DE SÁNCHEZ, se sanciona el enriquecimiento no

¹⁰⁷ SANCINETTI, M., *El delito...*, *op. cit.*, p. 109. Así parece, asimismo, haberlo entendido la Corte Constitucional colombiana que en su sentencia C-319/96, de 18 de julio, establece que “debe el Estado demostrar que el enriquecimiento es real e injustificado, ocurrido por razón del cargo que desempeña. Así, una vez establecida la diferencia patrimonial real y su no justificación, opera el fenómeno de la adecuación típica que va a permitir el desarrollo del proceso en sus etapas sumarial y de juicio. Es entonces la falta de justificación el elemento determinante par dar origen a la investigación y, por tanto, la explicación que brinde el sindicado del delito, no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a la defensa frente a las imputaciones que le haga el Estado en ejercicio de su función investigativa.

¹⁰⁸ GUSGÜEN OLARTE, E., *El Derecho tributario en la investigación penal*. Bogotá, 2005, p. 74.

¹⁰⁹ Habrá que ver, en ese caso, si concurren los requisitos exigidos por los delitos contra la Hacienda Pública o ha incurrido en una infracción tributaria o, por último, lo que será más probable, si el funcionario es merecedor de una sanción disciplinaria por omitir o falsear datos en la declaración jurada de bienes, en el caso, claro está, de que esté obligado a ello.

¹¹⁰ INCHAUSTI, M. A., *Enriquecimiento...*, *op. cit.*, p. 49. En parecidos términos se pronuncia el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Argentina, en su sentencia de 31 de mayo de 2004 (Caso “Alzogaray”) al afirmar que “la justificación sólo será válida cuando el funcionario demuestre que el enriquecimiento presenta un origen lícito. Ello es así por cuanto un incremento originado en un delito o en un hecho antijurídico no podrá ser considerado como justificado, en todo caso demostrado pero justificar es más que eso, significa probar y demostrar que el incremento es lícito”.

conforme a Derecho y no el mero enriquecimiento que carece de explicació¹¹¹; interpretación ésta que parece confirmar la dicción literal de determinados preceptos¹¹².

Ahora bien, no puede pasarse por alto que, de este modo, dejan de tener una solución satisfactoria aquellas hipótesis en las que el funcionario reconozca haber cometido un delito contra la Administración Pública, puesto que el resto de supuestos delictivos, según ha sido expuesto, quedan fuera del ámbito de aplicación del precepto. En ese caso, quizás de escasa probabilidad, habría que concluir que el enriquecimiento no está justificado puesto que no tiene una procedencia lícita y, por tanto, el comportamiento seguiría teniendo cabida en el tipo¹¹³.

En cuanto al delito confesado, según entiendo, no bastará la autoincriminación como base de una condena por cuanto que no se ha emitido voluntariamente, sino que se hace bajo la intimidación que supone la posible imposición de una sanción penal. Pero, pudiera darse el caso de que esa confesión sirviera para iniciar una investigación que, efectivamente, condujera a afirmar la culpabilidad del sujeto. En ese caso, habría que preguntarse si procede imponer una condena acumulativa a la del enriquecimiento ilícito por el delito correspondiente – lo que parece contrario a la vigencia del principio *ne bis in idem* – o si, por el contrario, la solución ha de venir propiciada por las reglas que rigen el conflicto aparente de normas penales teniendo que dirimir entonces, si el delito que podríamos denominar principal es de aplicación preferente o si, lo que no parece lógico, habría de ser postergado en favor del delito de referencia.

¹¹¹ CANCINO, A. J., y TOSCANO DE SANCHEZ, M., *El delito...op. cit.*, p. 32.

¹¹² Así, para el legislador penal mexicano, existe enriquecimiento ilícito cuando el funcionario no pueda acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de sus bienes (art. 224 C. P. Federal). Una fórmula similar es la empleada en el Código penal ecuatoriano al aludir al incremento patrimonial generado por actos no permitidos por las leyes. Y, un criterio parecido se sigue en el Código penal peruano que se refiere a un aumento del patrimonio ajeno a cualquier causa lícita.

¹¹³ En este sentido, se explicita en la tantas veces aludida sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Argentina, de 31 de mayo de 2004 (Caso “Alzogaray”) que faltará la justificación requerida cuando no se de explicación alguna acerca del origen de los bienes, cuando ésta carezca de verosimilitud o credibilidad o cuando las razones ofrecidas demuestren que el enriquecimiento procede de la comisión de un delito.

3.3.4. *La limitación temporal*

La mayor parte de los ordenamientos estudiados condicionan el enriquecimiento ilícito al obtenido durante el ejercicio del cargo o el desempeño de la función pública, exigencia derivada de la *ratio legis* y de la finalidad perseguida por la norma. El problema, en consecuencia, lo plantean aquellos “afloramientos” de bienes ocurridos con posterioridad a la desvinculación del funcionario con la Administración. No podrán constituir ya delito de enriquecimiento ilícito por cuanto no se ha producido en el período señalado aunque, nada impide que, de probarse y de no haber prescrito, el funcionario responda penalmente por el delito efectivamente cometido y del que los bienes que integran el incremento patrimonial traen causa.

Quizás, para evitar que se trate de eludir la responsabilidad penal pactando estos pagos durante la actividad funcional y que se hagan efectivos con posterioridad a ésta, el legislador argentino y, con posterioridad, el colombiano, extienden el lapso temporal a los dos años siguientes al cese de la relación entre el funcionario o servidor público y la Administración. No obstante, tampoco se trata de una solución plenamente satisfactoria por cuanto que bastará con dejar pasar un plazo superior al legalmente previsto para sortear la aplicación del tipo; transcurrido el cual parece, *a sensu contrario*, que no pueda afirmarse ya la relación entre el bien y la actividad desarrollada por el sujeto.

3.3.5. *El enriquecimiento propio o de tercero*

Sin perjuicio de lo que se diga cuando se traten las formas de participación, conviene adelantar en este lugar que muchos ordenamientos contemplan expresamente que el enriquecimiento se efectúa a través de una tercera persona. Esta posibilidad es lógica si se toma en consideración que lo que lesiona al bien jurídico que se entiende protegido es el uso torcido o desviado de la función pública siendo irrelevante a tales efectos que el posible beneficio que derive de esa conducta revierta en provecho del propio funcionario que así procede o de un tercero.

Puede decirse, por tanto, que el comportamiento lesivo únicamente puede ser llevado a cabo por quien ostenta la condición de funcionario mientras que el resultado de esa conducta no tiene por qué redundar exclusivamente en quien reviste esa condición que, en caso, de actuar de testaferro o como persona interpuesta, tendrá que determinarse su responsabilidad penal bien reconduciendo esta problemática a las reglas generales que rigen la participación delictiva, bien aplicando, cuando así se prevea idéntica pena que la que le corresponde al autor del delito o, por último, considerando la posibilidad de aplicar otra figura postdelictual, como pueda ser los ya aludidos delitos de encubrimiento, receptación o lavado o blanqueo de bienes.

4. SUJETOS

4.1. Sujeto activo

Con la sola excepción hecha de Colombia que, como tendremos ocasión de ver, bajo determinados presupuestos sanciona penalmente el enriquecimiento ilícito de particulares, el resto de países que tipifican esta conducta lo hacen limitando el ámbito de posibles sujetos activos a quienes son funcionarios, servidores o empleados públicos¹¹⁴ o a quienes, sin serlo, desempeñen un cargo o ejerzan una función pública¹¹⁵.

Comenzando por la referencia a funcionario, servidor o empleado público – términos que, a los efectos que aquí interesan van a considerarse

¹¹⁴ Se refieren expresamente a éstos los legisladores de Colombia, Chile, El Salvador, Paraguay, Perú o Venezuela.

¹¹⁵ Como ejemplo, puede citarse Argentina, Costa Rica, Ecuador o México.

como equivalentes¹¹⁶ – ni qué decir tiene que resultaría demasiado prolijo detallar el concepto penal de funcionario que manejan los Códigos penales o las leyes especiales que regulan el ejercicio de la función pública de los diferentes países que tipifican el delito de enriquecimiento ilícito. Por el contrario, baste aquí decir que, en la mayor parte de los casos, se trata de un concepto amplio que suele incluir a cualquier persona vinculada de algún modo con la Administración del Estado o alguna de sus entidades y que, por tanto, excede de su acepción administrativa.

A los efectos que aquí interesan, el concepto de funcionario público ha de estar integrado por dos requisitos: el subjetivo según el cual, ha de existir un título o una cualidad jurídica que vincule al sujeto con la Administración y, otro objetivo que requiere una efectiva participación en la función pública¹¹⁷. Y, ambas perspectivas son, asimismo, contempladas en la definición de funcionario que se maneja en los textos internacionales¹¹⁸.

¹¹⁶ Se equiparan, asimismo, estas categorías en Costa Rica e, incluso, puede admitirse la sinonimia en la legislación penal argentina. Al respecto, puede verse, CONTI, N.J., y SAUMELL, M.F., *Las figuras...*, *op. cit.*, p. 28 y ss.

¹¹⁷ OLAIZOLA FUENTES, I., “Concepto de funcionario público a efectos penales”, en *Delitos contra la Administración pública*. V.V.A.A., Ed. A. Asúa Batarrita. Bilbao, 1997; p. 79 y VALEIJE, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 62; Madrid, 1997, p. 446 y ss. Si bien esta autora concluye que, puesto que no pueden darse por separado, ambos requisitos convergen en uno: la exigencia de una relación jurídica entre el sujeto y la organización estatal.

¹¹⁸ Así, en el artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción se define al “funcionario público”, “oficial gubernamental” o “servidor público”, como cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. Por su parte, la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción considera en su artículo 2, funcionario público a i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como ‘funcionario público’ en el derecho interno de un Estado parte. No obstante, a los efectos de algunas

Por lo que a quienes ejercen una función pública¹¹⁹ se refiere hay que decir que, en la mayor parte de los casos, se efectúa una equiparación entre éstos y los funcionarios, ya sea al mencionarlos en la descripción de la conducta¹²⁰, ya sea al incluirlos en el concepto penal de funcionario¹²¹. Cuestión distinta es determinar si la parificación entre empleados públicos y particulares que participan en el ejercicio de funciones públicas resulta o no apropiada; y, al respecto, habrá que concluir que, en atención al bien jurídico protegido, unos y otros comprometen por igual el buen funcionamiento de la Administración pública ejerciendo las responsabilidades que tienen atribuidas no en aras de la consecución del bien común, sino poniendo ésta al servicio de sus propios intereses¹²².

medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por ‘funcionario público’ toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte.

¹¹⁹ Viene siendo tradicional definir la función pública con base en tres criterios. El criterio teleológico atiende a los fines que persigue esta actividad y, en consecuencia, se consideran públicas todas aquellas funciones que tiende a satisfacer el bien común. El criterio formal entiende que es función pública la actividad que se realiza mediante actos de Derecho público. Y, finalmente, se ha elaborado un criterio mixto que resulta de la combinación de los otros dos y según el cual, la función pública es aquella manifestación de la actividad del Estado que consiste en legislar, juzgar y ejecutar y mediante la cual el Estado persigue sus fines. A estos concepto VALEIJE añade otro, según el cual, se emplea esta expresión en referencia al conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado ya sea directa o indirectamente a través de actos de delegación. Y, por tanto, se entiende que ejercen la función pública aquellos que, “sin estar integrado en la organización burocrática del Estado, desempeña alguna actividad privada que goza de una especial eficacia reconocida por el Derecho o que se ejercita haciendo uso de potestades que, en principio, sólo corresponden a los poderes públicos”. VALEIJE, I., “Reflexiones...”, *op. cit.*, p. 498.

¹²⁰ Como es el caso, verbigracia, del legislador ecuatoriano, costarricense o Colombiano.

¹²¹ Así ocurre en el concepto penal de funcionario que contiene el Código penal chileno o peruano, por citan tan sólo algún ejemplo.

¹²² Resulta curioso, no obstante, que en la Convención Interamericana contra la Corrupción se aluda a ambas categorías en relación con todos los delitos que allí se contienen excepto, curiosamente, en el delito de enriquecimiento ilícito.

En cualquier caso, cabe destacar aquí que la modalidad delictiva objeto de examen opera una restricción atendiendo al sujeto activo y que, en consecuencia, el delito examinado pertenece a la categoría de los llamados delitos especiales propios. Ahora bien, esta afirmación no significa que queden resueltas todas aquellas cuestiones susceptibles de generar problemas.

Así, dejando a un lado los relativos a la participación en esta clase de infracciones que serán tratados posteriormente, procede analizar ahora si el precepto alcanza a cualquier persona que ostente la requerida condición o que ejercite las exigidas funciones o si, por el contrario, allí donde se establezca, afectará sólo a aquellos respecto de los cuales se establece la obligación de prestar declaraciones juradas de bienes. En este segundo sentido se ha pronunciado CÁRDENAS RIOSECO para quien únicamente podrán ser sujetos activos quienes estén obligados por ley a presentar sus declaraciones de situación patrimonial¹²³. Es cierto, como apunta el citado autor, que respecto de éstos será mucho más fácil la comprobación de la situación patrimonial antes y después de la asunción del cargo pero, según creo, las mayores o menores dificultades probatorias no deberían servir para recortar el ámbito de aplicación de un precepto respecto del que el legislador no ha efectuado limitación alguna¹²⁴.

Hay, además, otras razones que parecen confirmar que no debe hacerse la discriminación propuesta. Así, en primer lugar, atendiendo a la afección al bien jurídico que supone la realización de esta conducta, hay que decir que el correcto funcionamiento de la Administración Pública se resiente por igual con independencia de que al sujeto le incumba o no la referida obligación. No puede desconocerse que estos sujetos especialmente obligados, que pertenecen a las escalas jerárquicamente superiores, estarán en mejores condiciones de enriquecerse, incluso, de enriquecerse de forma cuantitativamente más importante y que, además, cuentan con mecanismos

¹²³ CÁRDENAS RIOSECO, R. F., *Enriquecimiento... op. cit.*, p. 186. De igual opinión, INCHAUSTI, M. A., *Enriquecimiento..., op. cit.*, p. 83.

¹²⁴ Es más, incluso en determinados casos se ha hecho expresa esta posibilidad. Así, el artículo 23 de la Ley 8422 contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, de 6 de octubre de 2004 de Costa Rica establece que *el hecho de que un servidor público no esté obligado a presentar declaración jurada sobre su situación patrimonial, no impedirá realizar las averiguaciones y los estudios pertinentes para determinar un eventual enriquecimiento ilícito o cualquier otra infracción a la presente Ley.*

mucho más eficaces para evitar la responsabilidad penal que pueda derivar de sus actos que los situados en otros niveles más inferiores. Es, precisamente por ello, por lo que se le imponen especiales deberes y se les somete a controles más rigurosos; pero, insisto, no por ello producen una mayor lesión al interés tutelado. En otras palabras, que se enriquezcan más o menos, importa en otro orden de consideraciones – a la mayor alarma social que puede generar, al mayor reproche moral que merece, al notable descrédito de las instituciones que provoca, e incluso, si se quiere, a la mayor incidencia en el llamado orden socioeconómico – pero no puede decirse que comporte un mayor contenido de injusto, como así lo demuestra el hecho de que en el resto de delitos susceptibles de ser cometidos por funcionarios, la sanción no se gradúa en función del beneficio obtenido¹²⁵, del daño causado, o de la concreta posición que ostenta el autor, aunque, desde luego, qué duda cabe de que todos estos factores pueden ser tenidos en cuenta a la hora de individualizar judicialmente la pena correspondiente.

En segundo lugar, aboga a favor de la interpretación amplia una interpretación sistemática, ya que en la mayoría de ordenamientos el delito de enriquecimiento ilícito se ubica en el Código penal, junto al resto de conductas que se refieren a la Administración Pública y, por tanto, no parece que pueda mantenerse que el concepto de servidor o funcionario público tenga que ser distinto en relación con una u otras infracciones.

Otro argumento que avala la tesis que aquí se defiende está constituido por el hecho de que en algunos supuestos, la tipificación penal del enriquecimiento ilícito es anterior a la aprobación de leyes que establecen la obligación de hacer las mencionadas declaraciones de bienes, de donde puede inferirse que no tienen por qué coincidir los sujetos a los que van referidos ambas disposiciones. Además, aunque desde luego, ello tiene una importancia menor, se ajusta mejor a la definición de funcionario público que contiene la Convención Interamericana contra la Corrupción que, no olvidemos, es ahí donde está el origen de la incriminación de esta conducta en la mayor parte de los países a los que se viene haciendo referencia, y que, como se recordará se refiere expresamente a los empleados públicos “en todos sus niveles jerárquicos”. Finalmente, ha de tenerse en cuenta que, de acogerse la limitación subjetiva que se comenta, podría resultar contradictorio que únicamente puedan ser sujetos activos los funcionarios públicos que por su elevada posición están obligados a dar cuentas sobre el patrimonio adquirido y, a su vez, sean precisamente ellos quienes, en la mayoría de supuestos, gocen de un régimen de inviolabilidad o inmunidad

¹²⁵ Constituye una excepción la legislación penal mexicana que establece la sanción correspondiente en función del beneficio obtenido.

que limite la aplicación de la ley penal o, en su caso, que le permita eludir las consecuencias jurídicas derivadas de su actuar¹²⁶.

4.2. Sujeto pasivo

Entendiendo por sujeto pasivo aquel que ostenta la titularidad del bien jurídico protegido, no puede sino concluirse que estamos ante un delito de titularidad colectiva por cuanto que todos los ciudadanos tienen interés en el buen funcionamiento de la Administración Pública y, asimismo, en todos repercute el incorrecto funcionamiento de ésta.

Pero, dicho esto, conviene hacer una matización en consonancia con lo mantenido en relación con el bien jurídico que se entiende tutelado. Y es que el titular del bien jurídico sufre un menoscabo cuando se realiza el acto indebido del que los bienes traen causa y no porque el funcionario aumente su patrimonio; aumento que, dicho sea de paso, no tiene por qué suponer un correlativo perjuicio patrimonial ni para el Estado, ni para el patrimonio de ningún particular.

5. FORMAS DE APARICION

5.1. Iter criminis

¹²⁶ Sobre el tema y en relación con el Derecho español, puede verse, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., y CUERDA ARNAU, M. L., “Aproximación al Derecho penal parlamentario: inviolabilidades”, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 1, 1997, p. 101 a 115; MAQUEDA ABREU, M. L., “Fundamento y límites constitucionales a la inmunidad parlamentario”, en *Estudios penales y Criminológicos*, V. XIII. Universidad de Santiago de Compostela, 1990.

De acuerdo con lo mantenido en relación a la conducta que se considera penalmente relevante si, como ha quedado expuesto, ésta consiste en enriquecerse ilícitamente, habrá que concluir que la consumación del delito se produce, precisamente, en el momento en el que se obtiene el incremento patrimonial requerido; por tanto, cuando hay un traslado patrimonial del bien y éste queda incorporado al patrimonio del funcionario o, en su caso, de la persona interpuesta. A otra conclusión han de llegar, lógicamente, quienes entienden que se trata de un comportamiento omisivo por cuanto que, en ese caso, el momento consumativo vendrá fijado en atención al instante en el que el sujeto, siendo requerido, no justifica el aumento de su patrimonio.

Ahora bien, al tratarse de un delito de resultado, al menos conceptualmente, es posible admitir que puedan darse formas imperfectas de ejecución; aunque, bien es verdad que estos supuestos tendrán una escasa virtualidad práctica. En cualquier caso y, a pesar de esa escasa incidencia, sí conviene hacer alguna precisión. En efecto, la intervención del Derecho penal está justificada desde el instante mismo en el que se pone en peligro el interés tutelado. Y si, en relación con algunas hipótesis es difícil señalar una nítida frontera que separa lo que no son más que meros actos preparatorios del inicio de la ejecución, en el delito que nos ocupa estas dificultades cobran una importancia aún mayor. Para darnos cuenta del alcance de las mismas, basta pensar que, como afirma DÍAZ ARANDA, la tentativa del delito puede apreciarse cuando el sujeto realiza actos encaminados directa e inmediatamente a enriquecerse¹²⁷.

Pues bien, partiendo del fundamento de un precepto de estas características y, en consonancia con la filosofía que lo inspira, habrá que considerar que estos actos a los que se alude pueden ser constitutivos del delito que podemos denominar principal; esto es, del delito contra la Administración Pública del que los bienes traen su origen y que se presume cometido. Por tanto, es en ese momento en el que se puede apreciar un menoscabo al bien jurídico protegido que no consistirá en una mera puesta en peligro, como es el caso de la tentativa, sino en una lesión más o menos grave dependiendo del comportamiento realizado.

Así las cosas, y por decirlo de modo sintético, no parece que haya más opción que entender que coincide la consumación del delito principal y la tentativa del delito de enriquecimiento ilícito. Y, de una primera aproximación, puede deducirse ya que la sanción de ambas resulta contraria a la vigencia del principio del *ne bis in idem*. Habrá, entonces, que decidir

¹²⁷ DÍAZ ARANDA, E., *Enriquecimiento...*, *op. cit.*, p. 129.

cuál es el precepto que se estima de aplicación preferente y, al respecto, todo parece indicar que el desvalor que supone la conducta principal debiera absorber la tentativa del enriquecimiento ilícito, pues no olvidemos que éste no viene a ser más que el agotamiento del delito previo y, como tal, debería ser penalmente irrelevante a estos efectos.

Y, si estas consideraciones no son equivocadas, a parecida solución debería llegarse en el supuesto de que el enriquecimiento ilícito no haya quedado meramente intentado, sino que, por el contrario, se haya consumado. Según entiendo, seguimos estando ante un comportamiento que nada añade ya al daño ocasionado al bien jurídico, cuya lesión se ha producido en un momento anterior. Cuestión distinta es, lógicamente, que este comportamiento postdelictivo afecte a otros bienes jurídicos distintos, como podría ser el caso de la Administración de Justicia o del llamado orden socio-económico, pero en ese caso, la conducta penalmente relevante, no podría configurarse ya como un mero enriquecimiento ilícito y, muchos menos, ubicarse junto al resto de conductas que atentan contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Sin abandonar el ámbito puramente teórico, podría suceder que el funcionario pactase la realización de la conducta principal y postergase la contraprestación a percibir para un momento posterior y, más concretamente, para cuando haya abandonado el cargo o deje de desempeñar la función pública, incluso dos años después de este momento, en aquellos ordenamientos que establecen dicho plazo. En tales casos no resulta impertinente preguntarse acerca de la responsabilidad penal en la que incurre la persona que tiene el bien en su poder. Si es el propietario; esto es, quien ofrece la dádiva al sujeto activo, habrá que dilucidar si puede ser encubridor o cooperador en el delito de enriquecimiento ilícito intentado o si, por el contrario, su responsabilidad en el delito principal – en el caso de que la tenga – absorbe ya el supuesto desvalor de esta conducta; opción ésta que parece preferente.

Pero, no puede descartarse y, será lo más frecuente, que se haga uso de una persona interpuesta que adquiera el bien hasta que deje de haber una vinculación entre el verdadero titular y la Administración Pública. Sin perjuicio de que nos ocupemos de estos supuestos a continuación, interesa ahora destacar que, todo parece indicar que el delito de enriquecimiento ilícito ya está consumado, aunque la incorporación del bien al patrimonio del funcionario todavía no se haya producido dado que, como se recordará, en muchos casos se admite tanto el enriquecimiento propio como el logrado a través de tercero. En tales hipótesis, concluir que estamos ante un delito de enriquecimiento ilícito consumado no es la única solución posible, por

cuanto que, como asimismo tendremos ocasión de ver, la participación del testafarro también podría tener encaje en aquellas otras figuras que sancionan penalmente otras formas de auxilio postdelictual.

5.2. Autoría y participación

Del hecho de que el delito de enriquecimiento ilícito se configure como delito especial propio, deriva que únicamente podrán ser autores quienes revistan la condición de funcionarios o quienes hayan desempeñado un cargo o ejercido una función pública; lo cual no excluye, como se admite pacíficamente por parte de la doctrina, que personas extrañas a esas situaciones, puedan participar en el hecho del que, reuniendo el requisito exigido, realice la conducta prohibida. Es más, esta posibilidad ha sido expresamente contemplada por algunos legisladores al prever que el incremento patrimonial puede obtenerse por sí o por persona interpuesta¹²⁸; mas, en aquellos casos en los que no se ha hecho referencia alguna, habrá que acudir a las reglas generales que rigen la participación delictiva para determinar la responsabilidad penal del *extraneus* o habrá que decidir, en su caso, si el comportamiento realizado tiene encaje en otra figura delictiva.

Dejando a un lado la debatida cuestión acerca de si quien no reviste las condiciones exigidas por el tipo merece la misma sanción que quien sí tiene un especial deber para con la Administración o, por el contrario ésta debe ser atenuada, lo cierto es que allí donde se contiene una previsión expresa al respecto, la pena prevista es idéntica a la que corresponde al autor del delito¹²⁹. De este hecho, puede inferirse que se considera que la conducta realizada por quien sirve de testafarro constituye un acto de cooperación necesaria; si bien es preciso reconocer que guarda cierta similitud con el encubrimiento.

La frontera entre una y otra figura no siempre aparece con la nitidez que debiera y ello a pesar de las distintas consecuencias penales que pueden

¹²⁸ Así lo han hecho, efectivamente, en Argentina, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México o Venezuela.

¹²⁹ Es el caso, por ejemplo, de El Salvador, Chile o Argentina.

derivar¹³⁰ pero, hay amplio acuerdo en que para trazarla ha de estarse al momento de la consumación. De esta forma, si el delito todavía no se ha consumado, se considera que se participa en el delito ajeno. En cambio, por definición, el encubridor interviene cuando el delito ya ha sido completamente ejecutado; de ahí que en la mayoría de los países ya se haya abandonado su consideración de forma de participación para configurarlo como un delito autónomo.

Pues bien, trasladando este razonamiento al delito que nos interesa, hay que preguntarse si cuando el *extraneus* adquiere, recibe u oculta el bien objeto del incremento patrimonial el delito está consumado o, por el contrario, no ha tenido lugar todavía la fase consumativa. No hay duda de que el delito principal, en el caso de que los bienes deriven de su comisión, sí ha alcanzado dicha etapa y, desde esta perspectiva, quien así actúa vendría a intervenir en un momento posterior a la consumación; salvo que se trate de un encubrimiento previamente pactado que, como tal, merecería la consideración de un acto de colaboración. Ahora bien, conviene tener presente que el delito de enriquecimiento ilícito, cuando se lleva a cabo a través de una persona interpuesta, se consume en el mismo instante en el que este tercero interviene. De ahí que parece que haya de concluirse – aunque nada puede afirmarse con rotundidad en este sentido – que la colaboración prestada por éste va dirigida a la consumación del delito y que, por tanto, no puede hablarse aún de un comportamiento postdelictual.

No quiero dejar pasar la ocasión de advertir las distintas consecuencias que tendría la intervención del tercero de no existir el delito de enriquecimiento ilícito. En efecto, la conducta del testaferro, con la salvedad hecha de que se trate de un encubrimiento previamente pactado, debería incardinarse en algunos de los tipos que sancionan las modalidades delictivas posteriores a la comisión de un delito. De este modo, el comportamiento referenciado podría tener cabida en el encubrimiento o en el blanqueo o lavado de capitales si el legislador, siguiendo la honda expansiva reciente, no ha limitado su eficacia a los delitos relativos al tráfico ilícito de drogas y sustancias estupefacientes. Y, precisamente, en relación con estos delitos, conviene tener presente que en la Convención Interamericana contra la Corrupción ya se establece la obligación de sancionar el aprovechamiento u ocultación de bienes¹³¹. Y, un paso más se da en la Convención contra la Corrupción de las Naciones Unidas que, impone el deber de incriminar el

¹³⁰ Pena vinculada a la del autor del delito en un caso y pena independiente en otro además de ser de aplicación, según los casos, la excusa absoluta de parentesco.

¹³¹ Art. VI, 1.d.

blanqueo del producto del delito ¹³² y, faculta la tipificación del encubrimiento ¹³³. De este modo, podría darse la paradoja de que la existencia del delito de enriquecimiento ilícito impidiera la aplicación de estas otras figuras capaces de proporcionar una respuesta más adecuada, más eficaz y, sobre todo, más respetuosa con los principios penales generalmente admitidos.

No puede cerrarse el epígrafe dedicado a la participación delictiva sin hacer una referencia, que necesariamente ha de ser escueta, a la responsabilidad penal del particular que, habiendo sido inductor o cooperador en el delito principal, entrega el bien objeto del enriquecimiento ilícito. En otros términos, de lo que se trata es de decidir si dicho sujeto puede ser considerado partícipe en el previo delito y, a su vez, cooperador necesario del enriquecimiento ilícito o, en cambio, debe entenderse que su contribución en el enriquecimiento ilícito queda copenada en el hecho principal solución que, a todas luces, resulta más respetuosa con las exigencias del principio *ne bis in idem*.

Ciertamente lo supuestos de los que me he venido ocupando serán poco frecuentes en la práctica, puesto que no hay que olvidar que la tipificación del enriquecimiento ilícito obedece, precisamente, a las dificultades probatorias que encierran los delitos contra la Administración Pública pero sí constituyen una nueva razón para evidenciar la necesidad de reflexionar acerca de la conveniencia político-criminal de una figura de estas características.

6. CONSECUENCIAS JURIDICAS

6.1. Penas

¹³² Art. 23.

¹³³ Art. 24.

Al margen de que del comportamiento descrito puedan derivarse otro tipo de consecuencias¹³⁴, llama la atención la severidad de las penas previstas. Se trata de una pena compleja que, además de establecer una pena privativa de libertad¹³⁵ – cuya duración, en muchos casos puede alcanzar los diez años¹³⁶ e, incluso, superar este plazo¹³⁷ – conlleva la imposición de una multa determinada en proporción al incremento patrimonial advertido y la inhabilitación bien sea temporalmente limitada, bien a perpetuidad.

Esta dureza, a toda luces excesiva, parece contradecir las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad¹³⁸. Y, de ahí, que puede considerarse un nuevo motivo para dudar de la constitucionalidad de su tipificación. En efecto, asumiendo la teoría mayoritaria que descompone el mencionado principio en tres exigencias, habrá que comprobar, en primer lugar, su adecuación a fin; en segundo lugar, su necesidad y, por último, la proporcionalidad en sentido estricto.

¹³⁴ Sobre la posibilidad de que al funcionario se le impongan penas y sanciones disciplinarias y la incidencia que de ello deriva para el principio *ne bis in idem*, puede verse GARCÍA ALBERO, R., *Non bis in idem material y concurso de leyes*. Barcelona, 1995 y VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*. Universidad de Santiago de Compostela, 2003, p. 159 y ss.

¹³⁵ Con la sola excepción de Chile que amenaza la realización del comportamiento típico con una sanción pecuniaria equivalente a la cuantía del incremento patrimonial apreciado y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos.

¹³⁶ Así puede suceder en Colombia, Paraguay o Perú.

¹³⁷ México establece la pena en función de la cuantía del enriquecimiento obtenido y, en el caso de que supere al equivalente de 5000 veces el salario mínimo vigente, la privación de libertad puede tener una duración entre dos y catorce años. Sorprende la severidad prevista en los textos punitivos proyectados. Así, Bolivia establece una pena de hasta doce años y el Anteproyecto de Código penal de Honduras señala un límite de quince años; cuando en ambos casos las penas señaladas para los delitos más graves (cohecho, concusión, peculado, uso indebido de influencias, etc.) son sensiblemente inferiores y no pueden superar los ocho años en el caso de Bolivia y de siete en relación con la legislación penal de Honduras.

¹³⁸ Sobre este principio pueden verse los trabajos de CUERDA ARNAU, M. L., “Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal”, en *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. Volumen I. Valencia, 1997, p. 447 a 491 y DE LA MATA BARRANCO, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia, 2007.

Pues bien, como se ha anunciado el primer requisito es el de la adecuación de la norma a la finalidad propuesta. En el caso del enriquecimiento ilícito, ya quedaron expuestas las dudas para concretar un bien digno de ser calificado como bien jurídico protegido, distinto al buen funcionamiento de la Administración Pública. De ser este el interés tutelado, no se explica la incriminación del mero enriquecimiento toda vez que ya existe en todos los ordenamientos figuras que sancionan penalmente un amplio elenco de conductas consistentes en un uso interesado, desviado o perverso de la función pública.

Si, en cambio, lo que se trata de tutelar es la también aludida moral pública que resulta afectada por el hecho de que quede impune la comisión de este tipo de delitos dadas las importantes dificultades probatorias que presentan, hay razones que permiten dudar – y ello enlaza con el segundo aspecto de este principio – de que, en ese caso, se respeten los caracteres fragmentario y subsidiario del Derecho penal. En este sentido es incuestionable que una respuesta, desde luego mucho más satisfactoria, es la que pueden proporcionar las medidas que se contienen en las leyes destinadas a prevenir y castigar el enriquecimiento ilícito y la corrupción en la función pública; cuyas sanciones, como digo, además de ser más adecuadas resultan, sin duda, más eficaces. Es, precisamente, la posibilidad de recurrir al derecho administrativo sancionador lo que hace cuestionable la intervención penal en un ámbito donde, como también ha quedado dicho, no quedan nítidamente separados los contornos del Derecho y la moral.

Pero, si de lo que se lleva dicho puede ya concluirse la más que probable vulneración del principio mencionado, ésta puede afirmarse rotundamente cuando se examina el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Así es, por cuanto que al efectuar una ponderación entre la conducta descrita y la pena abstractamente prevista, se constata que el hecho de enriquecerse merece el mismo reproche¹³⁹ – e, incluso, superior¹⁴⁰ – y, en consecuencia, se considera que entraña, cuanto menos, la misma gravedad, que los hechos delictivos más serios que puedan cometer un funcionario público en el ejercicio de su actividad como puedan ser el cohecho, la concusión o el peculado, por citan tan sólo algunos ejemplos.

En otro orden de cosas, 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,

¹³⁹ Es el caso de Argentina, México o Costa Rica.

¹⁴⁰ Así sucede, por ejemplo, en la legislación penal de El Salvador o Perú.

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 perseguido¹⁴¹. 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. La imposibilidad de la doble sanción a la que me vengo refiriendo, ha sido reconocida expresamente en algunos ordenamientos¹⁴²; pero, por las razones que han quedado expuestas a idéntica conclusión habrá de llegarse aún en el supuesto de que no haya una norma concursal explícita.

Cuestión distinta y, he de reconocer que no tiene una respuesta sencilla, es determinar qué tratamiento merecen aquellos supuestos en los que el sujeto ya ha sido juzgado por el delito principal pero el proceso ha terminado con una sentencia absolutoria, por ejemplo, porque no haya podido quedar acreditada su culpabilidad por falta de pruebas. Parece que en tales hipótesis, pueda ser de aplicación la figura del enriquecimiento ilícito. Esta es, desde luego, la solución más acorde con el fundamento de la existencia de tal figura; sin embargo, como ya se dijera, puede conllevar a un relajamiento de las exigencias probatorias y a una instrumentalización del sujeto de forma tal que lo que importa es que recaiga una sentencia condenatoria desatendiéndose la averiguación del delito efectivamente cometido y obviando, asimismo, la pena más justa y proporcionada al hecho concreto cometido.

Tampoco obtiene una solución satisfactoria una hipótesis distinta a la examinada, pero relacionado con ésta. Me refiero a la problemática que plantea aquel supuesto en el que la sentencia absolutoria lo haya sido por la prescripción del delito anterior siempre que, claro está, no haya transcurrido aún el plazo señalado para la prescripción del delito de enriquecimiento ilícito. La tipificación del enriquecimiento ilícito como delito autónomo, desde luego, posibilita el castigo del mismo aunque, eso sí, deja en entredicho la máxima según la cual de un hecho prescrito no puede derivarse responsabilidad penal alguna.

¹⁴¹ En igual sentido, DÍAZ ARANDA, E., *Enriquecimiento...op. cit.*; p. 145 y ss.; NAKAZAKI SERVIGON, C. A., "Problema...", *op. cit.*, p. 189 y ss.

¹⁴² Así ocurre en Colombia o Chile.

Siguiendo con los aspectos que pueden ser problemáticos, puede plantearse el supuesto inverso; esto es, que se esté cumpliendo condena por el delito de enriquecimiento ilícito y aparezca una prueba concluyente que demuestre la comisión del delito principal. En tales hipótesis, habrá que decidir si la condena impuesta veda la posibilidad de sancionar el delito efectivamente cometido o si, por el contrario, debe revisarse la condena impuesta, deduciendo la ya cumplida de la que corresponda por la conducta delictiva realizada.

Estas cuestiones que se han ido poniendo de manifiesto reflejan bien a las claras las dificultades prácticas que debe sortear la aplicación de un delito de estas características. Y si bien es cierto que, hasta la fecha, ha sido escasamente aplicado, no lo es menos que los problemas que puede suscitar, y que aquí han quedado meramente enunciados, deberían servir para abrir o, en su caso, mantener un debate acerca de la conveniencia político-criminal de esta figura.

No puede ponerse fin a este epígrafe sin hacer una referencia por escueta que esta sea, a la posibilidad de extender la aplicación de estas penas a la persona interpuesta o, si se prefiere, al llamado testafarro. Como hemos tenido ocasión de ver, en algunos casos las sanciones que se establecen respecto del autor deben ser aplicadas también al partícipe y ello a pesar de que no reúne las condiciones subjetivas que el tipo requiere y a pesar, asimismo, de que la conducta realizada por éste tiene una muy distinta significación. Así es por cuanto se hace difícil mantener que con su comportamiento – ostentar la titularidad de unos bienes – entorpece el correcto funcionamiento de la Administración Pública y, en cambio, se asemeja más a los comportamientos postdelictuales e, incluso, no es de descartar que suponga una afección, bajo determinados presupuestos, del orden socioeconómico.

6.2. Comiso

Junto a las penas con las que se apareja la realización de la conducta típica, se recoge la posibilidad de los bienes en cuestión sean decomisados; bien confiriéndole un régimen especial¹⁴³, bien por remisión al comiso que, con carácter general se establece en relación a cualquier delito. Esta

¹⁴³ Como es el caso de México, al disponer que se decomisarán en beneficio del Estado aquellos bienes cuya lícita procedencia no se logre acreditar.

posibilidad no debe extrañar si se toma en consideración que este es el nuevo enfoque con el que se pretende hacer frente a algunas manifestaciones graves de la delincuencia de las que la corrupción, el tráfico de drogas, el blanqueo o la delincuencia organizada son sus más claros exponentes.

Desde luego, no puede desconocerse que la privación de los beneficios obtenidos puede ser una herramienta eficaz para desincentivar la realización de tales conductas. Ahora bien, según creo, a la aplicación de esta consecuencia accesoria en relación con el delito de enriquecimiento ilícito puede hacerse una importante objeción. Esta va referida al hecho de que, en la mayoría de los ordenamientos a los que se ha hecho referencia, los bienes que pueden decomisarse son aquellos que han sido empleados para cometer el delito (instrumentos) o los que de su comisión derivan (producto o provecho). De este modo, parece que haya de concluirse que los bienes objeto del incremento patrimonial penalmente sancionable constituye un producto, sí, pero no del delito de enriquecimiento ilícito, sino del delito previamente cometido. En otros términos, no son el producto o el resultado del delito de enriquecimiento, sino el delito mismo¹⁴⁴.

De ser cierto esto, se evidencia un segundo escollo y, en esta ocasión, más difícil de salvar. Me refiero a que la conducta típica consiste, es conveniente recordarlo, en la mera tenencia de unos bienes cuya lícita procedencia no puede acreditarse por parte del sujeto. Es este hecho el que autoriza la imposición de una pena; pena que, como se acaba de ver, no merece la calificación de leve y que prevé, junto a la privación de libertad, una sanción pecuniaria en proporción al beneficio obtenido. Pues bien si, como digo, el simple incremento patrimonial ya es constitutivo de la infracción penal, pudiera comprometer la vigencia del principio *ne bis in idem* decomisar, además, los bienes que propician dicho aumento.

Ello no significa que los bienes no puedan ser decomisados, antes bien, nada lo impediría de constarse la efectiva comisión del delito previo o principal del que los bienes derivan y respecto de los cuales puede afirmarse, ahora sí, que son el producto del mismo. Incluso, tal y como se prevé en la normativa internacional, podría admitirse la posibilidad del llamado comiso

¹⁴⁴ En contra, STABILE VÁZQUEZ quien estima correcto sostener que el enriquecimiento es, a la vez, el provecho del delito y concluye que, por tanto, los bienes son decomisables. STABILE VÁZQUEZ, A., “Responsabilidad patrimonial del funcionario público en el delito de enriquecimiento ilícito”, en *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. V.V.A.A. Coord. por G.A. BRUZZONE y H. GULLCO, Buenos Aires, 2005, p. 125.

ampliado o potestad ampliada de decomiso que faculta a imponer la obligación al reo de demostrar el origen lícito del presunto producto del delito o de los bienes que puedan ser decomisados¹⁴⁵.

En cualquier caso, debo reconocer que la conclusión a la que en última instancia se llega, lejos de ser compartida, contraviene abiertamente la práctica seguida en las escasas ocasiones en las que el delito de enriquecimiento ilícito se ha aplicado. Y, buena prueba de ello, es la Constitución colombiana que alude expresamente a la extinción de dominio de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral pública¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Artículo 31 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁴⁶ Art. 34.2 de la Constitución Política. Sobre esta cuestión puede verse también la Sentencia de la Corte Constitucional C-389/94, de 1 de septiembre.

IV.- EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES

1. INTRODUCCIÓN

La legislación penal colombiana contempla un delito que carece de parangón en el resto de ordenamientos. Me refiero al enriquecimiento ilícito de particulares. La explicación de su existencia hay que buscarla en las particulares circunstancias políticas, sociales y económicas que ha atravesado aquel país y, sobre todo, en la especial incidencia que ha tenido allí el fenómeno del narcotráfico.

El delito que ahora se comenta se introdujo por primera vez por medio del Decreto 1895 de 1989, de 24 de agosto, en una situación constitucional excepcional: el estado de sitio. De ahí su pretendido carácter transitorio¹⁴⁷. Básicamente, la conducta consiste en obtener un incremento patrimonial no justificado – por sí o por persona interpuesta – que proceda de actividades delictivas. En la Sentencia de 3 de octubre de ese mismo año, la Corte Suprema de Justicia declaró no sólo su compatibilidad con el texto constitucional, sino que precisó que las “actividades delictivas” a las que se aludía iban referidas únicamente al delito de narcotráfico y sus delitos conexos. Y, asimismo, se hizo una matización digna de ser mencionada y es que se exige que las actividades delictivas referidas hayan de constar en sentencia judicial previa o coetánea.

Así configurado, el delito de enriquecimiento ilícito de particulares consta de tres elementos, a saber: a) que el sujeto haya obtenido alguna ventaja económica de alguna persona dedicada al narcotráfico; b) que esta ventaja se traduzca en un incremento patrimonial no justificado; y, por último c) que el incremento patrimonial no justificado sea el producto de la actividad ilícita y no de algún desempeño lícito de los narcotraficantes. A la vista de las exigencias requeridas, puede concluirse que no basta con que pueda constatarse un incremento patrimonial, sino que debe haber una

¹⁴⁷ El artículo primero dispone que *mientras subsista turbado el orden público y en Estado de Sitio todo el territorio nacional, el que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá por ese solo hecho en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento.*

relación entre éste y un delito de narcotráfico declarado en sentencia judicial firme.

La Constitución aprobada en 1991 acabó con el estado de sitio pero en el régimen de transitoriedad se dispuso la prórroga de noventa días para decidir si los decretos expedidos durante esa situación excepcional se convertían en legislación permanente. Y, de este modo, el Decreto 2266, de 4 de octubre de 1991, incorpora el delito de enriquecimiento ilícito de particulares y, además, lo extiende al delito de testaferrato¹⁴⁸.

La nueva realidad constitucional provocó que volviera a cuestionarse la compatibilidad de la existencia de este delito con el texto recién aprobado. Sin embargo, la importante sentencia C-127 de 1993, de 30 de marzo de la Corte Constitucional, no sólo le da el beneplácito constitucional, sino que realiza algunas consideraciones de fondo. En efecto, como puede leerse en el aludido fallo, se llega a afirmar que “la expresión ‘de una u otra forma’ debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”.

No sería ésta, sin embargo, la última vez que un precepto tan controvertido se sometiera a un juicio de constitucionalidad. En efecto, la sentencia C-319 de 1996, de 18 de julio de la Corte Constitucional rechaza que la tipificación de esta conducta suponga la inversión de la carga de la prueba pero introduce una matización en la interpretación de este delito que modifica sustancialmente su entendimiento. Así es por cuanto hasta la fecha, como se acaba de ver, se exigía una conexión entre esta figura y el delito del que los bienes traían causa; vinculación que, además, debía haber sido constatada en una sentencia judicial. Ahora, en cambio, se afirma con rotundidad que “se trata de un delito especial y autónomo, como quiera que describe un modelo de comportamiento al que puede adecuarse en forma directa o inmediata la conducta del actor, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal, ni a otro ordenamiento jurídico”; para concluir afirmando que en modo alguno se exige que los bienes deban provenir de un sujeto condenado

¹⁴⁸ Art. 7 del Decreto 2266 de 1991. En una ocasión posterior, y debido al protagonismo que en aquel país alcanzó el delito de secuestro, el artículo 6 de la Ley 40 de 1993, amplió la eficacia de este delito al incremento patrimonial procedente de esa otra manifestación de la delincuencia.

previamente por el delito de narcotráfico o cualquier otro delito sino que le corresponderá decidir al juez “de conformidad con los medios de prueba y frente a cada caso concreto, la ilicitud de la actividad y el grado de compromiso que tuviese con la ley el sujeto activo del delito”.

Es más, de ser otra la interpretación, podría conducir al absurdo de no considerar la existencia del delito de enriquecimiento ilícito cuando la sentencia fuera absolutoria o la pena quedara excluida, pese a que pudiera quedar acreditada la existencia del delito previamente cometido. Como consecuencia de esta nueva interpretación – que, dicho sea de paso, la propia sentencia se afana en negar – se elimina la necesidad de que exista una sentencia judicial previa o coetánea como base para la condena por un delito de enriquecimiento ilícito de particulares y, lo que aún constituye un motivo mayor para mostrar una enérgica disidencia, se le confiere una clara eficacia retroactiva a la variación jurisprudencial producida¹⁴⁹.

Pueda compartirse la solución a la que en última instancia se llega por cuanto que, como es sabido, todos los supuestos de auxilio postdelictual que se tipifican requieren que se haya cometido con anterioridad un delito, entendiéndose por tal un hecho típico y antijurídico, de conformidad con el criterio de la accesoriidad limitada. No se exige, por tanto, que haya recaído una sentencia condenatoria. En otro caso, esto es, de precisarse la existencia de una previa condena, se produciría una paradoja si se compara este delito con el que le sirve de precedente: su homónimo en relación con la función pública. Y es que, en efecto, no deja de resultar sorprendente que ahora se requiera la efectiva condena por el delito principal, mientras que cuando se trata de funcionario o servidores públicos no hace falta ni tan siquiera la constatación indiciaria de la existencia de un delito previo bastando, como ha quedado expuesto, con la mera comprobación del incremento patrimonial y la falta de justificación acerca de su procedencia.

Ahora bien, con independencia de que se admitan o no los argumentos expuestos, lo que no merece un juicio positivo es el cambio de criterio con una clara repercusión negativa para el reo y con una no menos evidente eficacia retroactiva. Quizás por la incidencia de tal proceder, la doctrina colombiana ha realizado ímprobos esfuerzos por limitar los efectos de tan controvertido fallo que ha sido tildado, no sin razón, de sentencia

¹⁴⁹ Sobre esta problemática y su especial incidencia en el principio de legalidad, puede verse VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia..., op. cit.*, p. 89 y ss.

interpretativa manipulativa¹⁵⁰. Y, en este sentido, CAMARGO, sostiene que la nueva concepción sobre la autonomía de este delito, “no tiene un alcance obligatorio en su parte resolutoria y no es, por consiguiente, cosa juzgada constitucional de obligatorio cumplimiento”¹⁵¹.

Por su parte, el Código penal vigente, tipifica esta conducta en el artículo 327¹⁵². Se ubica, por tanto, en el Título X dedicado a los delitos contra el orden económico y, concretamente, en el Capítulo quinto que va referido al lavado de activos; figura ésta con la que guarda un notable parentesco y cuya incorporación al texto punitivo quizás debiera haber servido para cuestionar el mantenimiento del delito que se comenta.

2. PECURIARIDADES RESPECTO DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE SERVIDORES PÚBLICOS

La conducta típica se describe, como ya se hiciera en relación con el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, como la obtención de un incremento patrimonial no justificado. El hecho de que, como digo, se trate de dos comportamientos parcialmente coincidentes, me exime de ocuparme en este lugar de algunas cuestiones que ya han sido tratadas y que, *mutatis mutandi*, pueden ser reproducidas en esta sede; si conviene, no obstante, poner de manifiesto algunos aspectos que separan ambas figuras y de los que paso a ocuparme.

¹⁵⁰ MADRID MAYOR, E., *Sentencia C-319 (julio 18 de 1996). Interpretativa manipulativa. La realidad de la Corte en sus fallos. Enriquecimiento ilícito de particulares*. Bogotá, 2000, p. 139.

¹⁵¹ CAMARGO, P. P., *El delito...*, *op. cit.*, p. 57.

¹⁵² Art. 327.- *Enriquecimiento ilícito de particulares*. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas, incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.1. El bien jurídico protegido

Obviamente, el interés tutelado por la norma no puede estar ya relacionado con el correcto funcionamiento de la Administración Pública, ni la razón de su incriminación debe verse, por lo menos de forma directa, en el afán por erradicar la corrupción. Si hemos de estar a lo que se afirma en la ya citada sentencia de la Corte Constitucional C-319 de 1996, de 18 de julio, el bien jurídico es de orden constitucional y está constituido por la moral pública. El argumento en el que se escuda esta afirmación está constituido por lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 34 de la Constitución Política. En su virtud se dispone que *no obstante por sentencia judicial se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social*. De ahí que el Alto Tribunal mantenga que el bien jurídico protegido por esta norma es, ante todo, la moral social, bien jurídico objeto de expresa tutela constitucional; y, de este modo, el fundamento del delito debe verse en el proceso de grave deterioro de la moral pública y de los valores éticos como consecuencia de la incidencia del narcotráfico y su enorme poder corruptor.

No se trata, sin embargo, de una opinión unánime, puesto que en el voto particular que se formula puede leerse que se llega a esa conclusión a partir de una interpretación errónea del mencionado precepto constitucional. Y, en opinión de los magistrados discrepantes, el error reside en la falsa idealización de la “moral social” y su conversión en un bien jurídico penalmente tutelado que lleva a una evidente confusión entre la moral y el Derecho; lo que les lleva a advertir que “nada más complicado para el Derecho penal y para las garantías constitucionales que los bienes jurídicos vagos, gaseosos y difusos, sobre todo cuando la vaguedad está fundada en la apelación a la moral”¹⁵³. Y, desde luego, de ser este el interés tutelado, hay fundadas razones para la discrepancia.

2.2. El sujeto activo

¹⁵³ Salvamento de voto a la sentencia C-319 de 1996 de la Corte Constitucional emitido por los magistrados A. MARTÍNEZ CABALLERO y C. GAVIRIA DÍAZ.

En esta ocasión nos encontramos con un delito común que, al no precisar de especiales requisitos en cuanto al sujeto activo, puede ser cometido por cualquier persona incluso, como señala ESCOBAR LÓPEZ, por funcionarios públicos que obtengan un incremento patrimonial injustificado que no proceda del ejercicio del cargo o del cumplimiento de funciones públicas¹⁵⁴. De este modo, entre ambos preceptos se establece un concurso aparente de normas para cuya solución habrá de estarse a la procedencia de los bienes que constituyen el incremento injustificado del patrimonio. Así, entiendo que si el delito previamente realizado afecta a la Administración Pública, vendrá en aplicación el artículo 412 del Código penal; mientras que si el funcionario se ha enriquecido porque previamente se ha cometido una infracción diferente, su conducta tendrá cabida en el 327 del mismo texto; si bien es preciso señalar que las sanciones previstas en ambos casos son coincidentes, salvo la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que, lógicamente, sólo se establece en relación con la primera infracción.

Vemos, pues, que para decidir en qué figura tiene encaje el referido enriquecimiento, habrá de constatare el delito principal cuya comisión motiva el incremento patrimonial sancionado; exigencia ésta que, en determinados supuestos, será harto improbable que se de. En efecto, en esta sede se hace preciso recordar que es, precisamente, la extrema dificultad de probar el delito cometido el argumento que se ha empleado para justificar la tipificación del enriquecimiento ilícito de funcionarios o servidores públicos.

2.3. El origen del incremento

Aunque el artículo 327 alude a “actividades ilícitas”, en un primer momento, con ocasión de la Sentencia de 3 de octubre de 1989, la Corte Suprema de Justicia limitó, como ha quedado dicho, la aplicación del precepto a los delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas pues, conviene tener presente que el origen de tal precepto radica en la especial situación que se vivía a raíz de las nada desdeñables consecuencias que se derivan de este fenómeno.

Posteriormente, y también motivado por circunstancias excepcionales, se amplió el ámbito de posibles delitos al testaferrato¹⁵⁵ y al

¹⁵⁴ ESCOBAR LÓPEZ, E., *Estatuto... op. cit.*

¹⁵⁵ Artículo 7 del Decreto 2266 de 1991.

secuestro¹⁵⁶. Un paso más en esta tendencia expansiva lo constituye la Sentencia C-127 de 1993, de 30 de marzo de la Corte Constitucional, al afirmar que “la expresión ‘de una u otra forma’ debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas”; de donde parece pueda extraerse la conclusión de que de la comisión previa de cualquier delito puede derivarse una eventual responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito.

2.4. La discutida naturaleza subsidiaria o autónoma de este delito

No puede pasarse por alto lo que quizás sea la diferencia más importante que separa este delito del referido a servidores públicos. Y es que, como ser recordará, en relación con aquel, la pena prevista debe ser impuesta “siempre que la conducta no constituya otro delito”, evidenciando así que el precepto tiene un innegable carácter subsidiario. Sin embargo, en relación con el enriquecimiento ilícito de particulares se omite toda referencia a esta cuestión; es más, a tenor de lo dispuesto en el artículo 327, quien así actúe, incurrirá, “por esa sola conducta”, en la sanción allí prevista. De ahí que pueda mantenerse que la alusión acabada de reproducir deja expedita la vía para aplicar las reglas penológicas que rigen el concurso de infracciones. En otras palabras, no se excluye – o al menos no se hace de manera clara – la posibilidad de que quien ha sido autor del delito principal sea considerado también autor del delito de enriquecimiento ilícito.

Precisamente, en este punto vendría a separarse del delito de receptación y vendría a explicar, asimismo, su mantenimiento en el texto punitivo toda vez que la citada infracción no ve su ámbito de aplicación circunscrito a la previa comisión de un delito patrimonial¹⁵⁷. Es decir, el

¹⁵⁶ Artículo 6 de la Ley 40 de 1993.

¹⁵⁷ Artículo 447. *Receptación*. El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible adquiera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cinco (5) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor. Si la conducta se realiza sobre un bien cuyo valor sea superior a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

fundamento de la existencia del delito de enriquecimiento ilícito radicaría en la posibilidad de imponer una pena por este título también a quien ha sido autor del delito del que los bienes traen causa; posibilidad ésta que estaría vedada de acudirse a la receptación que, como es sabido, excluye del ámbito de posibles sujetos activos a quienes han tomado parte en la ejecución del delito principal. Y, todo ello, a pesar de que, como reconoce la ya referida Sentencia C-127/93 de la Corte Constitucional, este delito es una forma especial de receptación.

Esta interpretación a la que, insisto, parece obligar el principio de vigencia contradice, no obstante, las exigencias derivadas del principio *ne bis in idem* pues, y aunque ello entra en el ámbito de lo opinable, puede resultar contrario a la vigencia del último de los principios mencionados el hecho de que se imponga una sanción por cometer el delito del que los bienes proceden y otra por la mera posesión de éstos; es decir, por el resultado del delito previamente cometido. Esta última etapa o si se quiere, fase de agotamiento, carecía – hasta ahora – de relevancia penal y, así debería seguir siendo de tomarse en consideración que lo que procede, sin el quebranto de principio alguno, es el decomiso de los bienes producto de la actividad delictiva.

2.5. Referencia a la responsabilidad penal de la persona interpuesta

De igual modo que se hiciera en relación al delito de enriquecimiento ilícito de servidores públicos, el incremento patrimonial de particulares puede obtenerse de forma directa o a través de persona interpuesta; si bien la modalidad que ahora se comenta reviste alguna particularidad digna de mención. En efecto, en el enriquecimiento ilícito de funcionarios o servidores públicos, y por lo que se refiere a la legislación penal colombiana, nada se decía acerca de la responsabilidad penal en la que incurre la persona interpuesta. Esta ausencia de previsión expresa hace que la misma deba ser determinada de conformidad con las reglas que rigen la participación en el delito¹⁵⁸. Si bien, y atendida la profusión de conductas postdelictivas que contiene el Código penal, tampoco puede descartarse que al comportamiento de quien así actúa le sean de aplicación otros tipos penales. Es más, esta probabilidad puede admitirse sin excesiva dificultad en

¹⁵⁸ Así, en atención a lo previsto en el artículo 30 del Código penal, al interviniente que no teniendo las cualidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

el supuesto del delito de lavado de activos por cuanto que esta figura incluye expresamente, entre los que podemos denominar delitos de referencia, el delito de enriquecimiento ilícito¹⁵⁹.

Desde luego, excedería con creces del ámbito propuesto en este trabajo analizar las nada sencillas relaciones entre ambas infracciones, pero atendidas las distintas consecuencias que conlleva decantarse a favor de una u otra opción, hubiera sido deseable que el legislador se hubiese pronunciado al respecto. Una primera solución podría venir proporcionada – como ya se hiciera en relación con el delito de enriquecimiento de funcionarios – por

¹⁵⁹ Artículo 323. *Lavado de activos*. El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiesen realizado, total o parcialmente, en el extranjero.

Las penas privativas de la libertad previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeran mercancías al territorio nacional.

El aumento de pena previsto en el inciso anterior, también se aplicará cuando se introdujeran mercancías de contrabando al territorio nacional.

atender al momento consumativo y, de este modo, concluir que la persona interpuesta coadyuva a la consumación del mismo y, por tanto, su participación no es postdelictual. De ser así, las reglas que rigen la participación delictiva vendrían a resolver este aparente conflicto normativo siendo de aplicación preferente y, en consecuencia, correspondiéndole una pena aminorada de la establecida para el autor¹⁶⁰.

Ello supone, claro está, aceptar que el lavado de activos, como auxilio postdelictual que es, únicamente puede ser aplicado una vez ha sido consumado el delito precedente. Y, desde luego, nada se opone a este entendimiento; es más, creo que se trata de la exégesis correcta pero ha de soslayar, al menos en relación con esta figura, el inconveniente que supone el desajuste penológico que se produce al tener prevista una sanción sensiblemente superior a la que corresponde, no ya al partícipe del delito, sino al propio autor de la misma.

No se me escapa que el lavado o blanqueo de capitales ha alcanzado en las últimas décadas un absoluto protagonismo; del mismo modo que no puede desconocerse la gravedad de las consecuencias que derivan de la comisión de tales conductas y que se han dejado sentir con especial intensidad en Colombia. Ahora bien, este interés que ha despertado en el ámbito internacional y que tiene un claro reflejo en las legislaciones penales nacionales no creo – aunque ello, sin duda, forma parte de otro debate – pueda servir para justificar que se le haga perder su clara naturaleza encubridora y que se le permita excusar el respeto a los principios de un Derecho penal garantista en aras de una pretendida e inconstatada eficacia del mismo.

Para terminar y, por si lo hasta aquí expuesto no fuera suficiente para dar idea ya de las confusas relaciones entre el precepto de cuyo análisis me vengo ocupando y otros de parecido alcance, no puede obviarse el supuesto que, como es fácil aventurar, concurrirá con mayor frecuencia en la práctica y cuya problemática es idéntica a la que se acaba de analizar; esto es, el de que los bienes que constituyen el enriquecimiento ilícito procedan de la comisión de un delito relacionado con el tráfico ilícito de drogas. En ese caso y siempre que el incremento patrimonial se realice a través de un

¹⁶⁰ A tenor de lo dispuesto en el artículo 30 del Código penal, a *quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.*

tercero, podrá concurrir lo dispuesto en el artículo 326 del Código penal que tipifica la figura del testaferrato y que establece una pena de prisión de seis a quince años y multa de quinientos a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes – la misma que se establece respecto del delito de lavado de activos – a quien preste su nombre para adquirir tales bienes¹⁶¹. Estamos, por tanto, una vez más, ante un concurso aparente de normas en el que la solución al mismo no es plenamente satisfactoria por cuanto que, de aplicar el principio de especialidad que parece ser el llamado a solventarlo, podría quedar comprometida la vigencia del principio de proporcionalidad.

En cualquier caso, y orillando la cuestión acerca de cuál es la regla que se estime de aplicación preferente, no puede dejar de ponerse de manifiesto el complejo entramado de relaciones que se genera entre figuras que, teniendo un alcance muy similar suponen, sin embargo, consecuencias penológicas absolutamente dispares. Y, puesto que las sanciones que en tales casos se prevén merecen la consideración de graves, el legislador no debería escatimar esfuerzo alguno para precisar con nitidez el ámbito de aplicación de cada uno de los preceptos que castigan las diferentes formas de auxilio postdelictivo que se contemplan.

¹⁶¹ Artículo 326. *Testaferrato*. Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes.

V.- A MODO DE CONCLUSIÓN

Con los aspectos que hasta aquí han sido tratados no se agotan, ni mucho menos, las cuestiones problemáticas que plantea el controvertido – y, controvertible – delito de enriquecimiento ilícito. Como se dijo al comienzo, no ha sido el propósito de este trabajo hacer un estudio exhaustivo del tratamiento jurídico-penal que a tal figura se le dispensa por parte de los diferentes legisladores nacionales; tarea ésta que, de haber constituido el objetivo fijado, se hubiera visto necesariamente defraudado por lo inabarcable de la misma. Se ha perseguido, en cambio, una meta más modesta cual es la de hacer una llamada de atención sobre la dudosa conveniencia político-criminal de una infracción revestida de tales caracteres atendiendo, para ello, a las implicaciones que de su aplicación práctica pueden derivarse.

El fundamento de la figura que ha sido objeto de este comentario, debe verse en la enorme dificultad – imposibilidad, en muchos casos – de demostrar la comisión de un delito contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública cuando sí pueda constatar, en cambio, un considerable incremento patrimonial experimentado por el funcionario – o, incluso, por la persona que le sirve de testaferro – sin que éste ofrezca una explicación razonable acerca de su procedencia. Desde luego, tales actitudes causan un enérgico y unánime repudio pero, lo que ya no es tan pacífico, es que el deseo de erradicar la corrupción deba servir para excusar la inversión de la carga de la prueba que parece producirse¹⁶². En efecto, los ímprobos esfuerzos realizados por intentar desmentir que tal inversión tiene lugar no han conseguido – o no lo han hecho de un modo absoluto – contradecir que se establezca una presunción legal de que el enriquecimiento tiene un origen delictivo como, por otra parte, y ello no puede desconocerse, puede que así ocurra en un importante número de casos. Mas, ni siquiera en relación con tales hipótesis, puede aceptarse lo que ha sido calificado por HERNÁNDEZ BASUALTO de “atajo”¹⁶³ ya que, ante las aludidas dificultades probatorias,

¹⁶² En este sentido, asiste la razón a CLIMENT DURÁN, cuando afirma que “cuando no se ha logrado reunir una prueba de cargo que sea bastante para destruir la presunción de inocencia, es inaceptable invertir la carga de la prueba, derivando hacía el acusado la carga de probar su propia inocencia o de su no culpabilidad”. CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal*. 2ª Ed. Tomo I. Valencia, 2005, p. 1021.

¹⁶³ El citado autor emplea ese término para hacer ver que las aludidas dificultades probatorias han provocado que en vez de ser el Estado el que acredite lo que sospecha, sea el sospechoso quien tenga que demostrar su inocencia. HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “Notas...”, *op. cit.*, p. 795.

se opta por crear una norma de presunción genérica que desdeña el delito efectivamente cometido e ignora, asimismo, la pena proporcionada a la gravedad de la conducta realizada.

No es ésta sin embargo, la única objeción constitucional que puede hacersele. En efecto, se ha señalado que este delito conculca el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, por cuanto se obliga, bajo amenaza de la pena, a dar razón de la procedencia de los bienes. Ciertamente, no resulta extraño que se le conceda un significado al silencio; ahora bien, como reiteradamente ha mantenido el Tribunal Supremo español, han de existir otras pruebas de cargo que acrediten el hecho y la intervención del acusado, de tal modo que es precisamente la existencia de esas otras pruebas las que obligan a ofrecer una aclaración y, en ese contexto, el silencio viene a demostrar la inexistencia de una explicación¹⁶⁴. Pero, a diferencia de lo que acontece en relación con esos supuestos, en el delito que nos ocupa, el enriquecimiento ilícito aparece ayuno de toda prueba más allá del incremento patrimonial, por lo que su valoración negativa es contraria al ejercicio del referido derecho fundamental.

Por último, también se ha puesto de manifiesto la incidencia que la tipificación de este comportamiento tiene para el principio de legalidad aunque ello, lógicamente, ha de depender de la concreta técnica legislativa empleada por cada uno de los legisladores nacionales. Si bien es verdad que, con carácter general, puede decirse que, en la mayor parte de los casos, se ha optado por fórmulas flexibles o elásticas que, de ese modo, delegan en el juez la función que sólo al legislador le corresponde de fijar lo límites de la intervención penal.

Estos reparos constitucionales no pasaron inadvertidos en la normativa internacional que vence la inicial resistencia a incluir este delito empleando una cláusula de salvaguardia y considerando que su incriminación es facultativa por parte de los diferentes legisladores nacionales quienes, sin embargo, se escudan en los aludidos textos internacionales para conminar con una pena que, además, dista de ser leve, la mera obtención de un incremento patrimonial injustificado.

Desde luego, concluir afirmando la inconstitucionalidad de este delito eximiría de un ulterior estudio; no obstante, y puesto que ha sido deseo expreso de varios legisladores nacionales mantener, o en algunos casos,

¹⁶⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003 o de 14 de febrero de 2007, por citar algunos ejemplos. Y, en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional español de 24 de julio de 2000.

incluir esta figura en el catálogo de conductas penalmente relevantes, me ha parecido oportuno efectuar un análisis que, cuanto menos, sirva para poner de manifiesto los importantes obstáculos interpretativos y aplicativos que deben vencerse y que, tal vez, puedan constituir nuevos argumentos que vengan a unirse a las importantes objeciones de que ha sido objeto.

El primero radica en la dificultad de encontrar una justificación a la intervención penal alejada de connotaciones moralistas que, apartándose de una concepción objetiva de la antijuridicidad, tanto rememora a un denostado Derecho penal de autor. Quizás sea esa evanescencia del bien jurídico protegido lo que explica que, con escasa fortuna, el comportamiento que se considera penalmente relevante sea la obtención de un incremento patrimonial cuyo origen el funcionario o servidor público no justifica. En este sentido, no está de más recordar, aunque innecesario debiera serlo, que en sociedades como la mayoría de las actuales, que adoptan un sistema de economía de mercado, el hecho de enriquecerse, a efectos penales, es valorativamente neutro.

Otra cosa muy distinta es que se haga a través de medios que sí encuentran encaje en tipos delictivos y que, en consecuencia, lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos diferentes y, concretamente, en el ámbito de la delincuencia de que se viene tratando, pueden consistir en el uso torcido de la Administración Pública en beneficio propio o, incluso, de tercero. Pero, como digo, para sancionar estos comportamientos ya se cuenta con un elenco suficientemente amplio de conductas que afectan a dicho bien sin que, y no es más que una opinión, la dificultad de perseguir estos delitos pueda servir de excusa, no ya para una relajación de las exigencias probatorias sino, como es el caso, para una dispensa absoluta de las mismas.

Tampoco las cuestiones relativas a las fases de ejecución del delito ni aquellas otras relacionadas con la participación delictiva están exentas de cuestiones problemáticas que derivan, en gran medida, del hecho de que lo que parece querer sancionarse no es más que el resultado de un delito que se presume cometido y, en consecuencia, se pretende hacer penalmente relevante una fase del *iter criminis* – el agotamiento – que hasta ahora carecía de efectos penales a no ser que, como acontece en relación con otros comportamientos postdelictuales, resulten afectados otros bienes jurídicos tales como la Administración de Justicia o el denominado orden socio-económico.

Es, precisamente, la posible concurrencia con figuras más tradicionales como la receptación o el encubrimiento – en especial, cuando el enriquecimiento ilícito se obtiene por medio de personas interpuestas – lo

que hace preguntarse, no ya acerca de su conveniencia, sino acerca de la necesidad de su propia existencia. Y, el interrogante planteado cobra especial intensidad toda vez que se tipifica el delito de lavado o blanqueo de capitales y, como confirma la actual política-criminal en esta materia, éste extiende su eficacia más allá de los delitos relativos al tráfico ilícito de drogas incluyendo, entre otras graves manifestaciones de la delincuencia, la corrupción. Este fenómeno que, empleando términos bélicos, podría considerarse un verdadero arsenal punitivo, lejos de propiciar soluciones satisfactorias, puede conducir a un intrincado vericuetto legal en el que ni con ímprobos esfuerzos se sea capaz de delimitar con precisión cada uno de los ámbitos de aplicación de figuras con tan similar alcance. Si, como digo, es posible que se produzca un solapamiento con los delitos mencionados cuando el delito se comete por funcionarios públicos en el ejercicio de su actividad, esta probabilidad alcanza un grado cercano a la certeza cuando se trata del enriquecimiento ilícito de particulares que, hasta la fecha, y por las especiales vicisitudes por las que ha atravesado ese país, únicamente ha sido penalmente sancionado por el legislador colombiano.

Finalmente, no puede dejar de hacerse una mención a la severidad de las penas previstas para la realización del comportamiento que se entiende relevante. Y es que el precepto que se comenta tampoco sale airoso de un juicio efectuado, esta vez, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad. En efecto, en muchos casos las sanciones que se establecen son iguales o, incluso, cuantitativamente más importantes que las previstas para la realización de los atentados contra la Administración Pública que encierran una mayor gravedad. Pero, lo que aún constituye un mayor motivo de disidencia, ésta debe imponerse con independencia de que se haya cometido un delito o no y, en el caso de que así haya sido, con absoluto desdén a cuál haya sido la concreta infracción cometida, por lo que tampoco el principio de igualdad – al dispensar idéntico tratamiento penológico a hechos absolutamente dispares – sale bien parado.

De todo cuanto se lleva dicho no debe extraerse la falsa idea de que la oposición a un precepto de estas características debe identificarse con la absoluta irrelevancia de la posesión de unos bienes cuya procedencia delictiva se presume, por carecer de justificación. Muy al contrario, debe tratarse como lo que es, un indicio de la presunta comisión de un delito que aunque por sí solo, según entiendo, no servirá para desvirtuar la presunción de inocencia, sí puede, unido a otros, llevar a la efectiva convicción de la culpabilidad del sujeto ¹⁶⁵. Y es, precisamente, en la investigación,

¹⁶⁵ En este sentido, cabe decir que, en relación con el delito de blanqueo o lavado de capitales, una jurisprudencia constante viene considerando como

persecución y castigo de ese otro delito donde no puede escatimarse esfuerzo alguno sin que, en mi opinión, el recurso a la imposición de una pena pueda contentar a nadie.

Si de lo que se trata es de evitar que el servidor público se lucre haciendo un uso desviado de la función pública, nada impide a que quienes ostentan esa condición se vean sometidos a rigurosos controles, a la rendición de cuentas y a la inspección de la veracidad de la información aportada; y, en caso de incumplimiento de estas obligaciones, conviene tener presente que el Derecho administrativo sancionador puede proporcionar una respuesta más eficaz y, sobre todo, más respetuosa con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.

Ni que decir tiene que si, a pesar de las reticencias advertidas, el legislador decide seguir incriminando el enriquecimiento ilícito, evidentemente, nada obsta a que lo haga. Lo que sí puede pedírsele, sin desconocer la dificultad que tal tarea encierra, es que no sacrifique ningún derecho fundamental ni que opere una restricción tal que lo deje privado de contenido. La importancia de éstos es algo que no precisa ser señalado, puesto que como advirtiera VIVES ANTON, “no son solamente garantías frente a los poderes públicos, ni concreción de una serie de valores sustantivos que la Constitución incorpora, sino que, tal vez de modo primario, representan las reglas básicas de procedimiento a las que ha de ajustarse la toma de decisiones en todo sistema democrático”¹⁶⁶. Ahondando en esta idea, GONZÁLEZ CUSSAC ha afirmado que “los derechos fundamentales son la esencia misma de la idea de democracia, erigiéndose en los pilares desde los que se levanta el edificio del Estado de Derecho”¹⁶⁷.

indicios válidos para enervar la presunción de inocencia, además, del incremento patrimonial, la inexistencia de otros ingresos legítimos, la irregularidad de las operaciones efectuadas o la existencia de vínculos con personas relacionadas con el narcotráfico. Pueden verse, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo español de 9 de mayo de 2001, 6 de junio de 2002, 9 de abril de 2004 o 14 de abril de 2005.

¹⁶⁶ VIVES ANTON, T. S., en “La reforma del proceso penal”, en *La libertad como pretexto*. Valencia, 1995, p. 248 y ss.

¹⁶⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de Derecho: la doctrina del *Derecho penal del enemigo*”, en *Revista Penal* n° 19, enero 2007, p. 52 y ss.; y, del mismo, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “La generalización del Derecho penal de excepción: la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad”, en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. Estudios de Derecho Judicial. N° 128, p. 229 y ss.

Deberíamos tener estas consideraciones muy presentes porque, si es esto lo que está en juego, no cabe duda de que la ponderación de intereses no puede resolverse a favor de leyes penales que, como en este caso, crean delitos de sospecha, por perniciosos que puedan ser los efectos que derivan de la corrupción y por execrable que, asimismo, resulte la impunidad de los corruptos. Conviene recordar que, como por desgracia ha quedado demostrado históricamente, no menos devastadores son los que provoca la conculcación de principios y garantías constitucionalmente consagrados en aras de una pretendida – e inconstatada – eficacia del Derecho penal aunque, eso sí, esto último parece ocasionar una menor alarma social. Aunque no ignoro que las tendencias actuales son otras o, precisamente por ello, creo que no resulta improcedente reivindicar una vuelta a los postulados del Derecho penal liberal; un regreso, en definitiva, al garantismo.

VI.- ANEXO

Con el fin de facilitar el seguimiento de los preceptos a los que se alude, se incluye en el presente anexo una copia de los mismos.

- **ARGENTINA**

Art. 268 (2) Código penal.- 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.

- **COLOMBIA**

Art. 412 Código penal- *Enriquecimiento ilícito*. 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.

- **COSTA RICA**

Art. 45. Ley 8422 contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, de 6 de octubre de 2004. **Enriquecimiento ilícito**.- 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.

- **ECUADOR**

Art. (296.1) Código penal.- 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.

Art. (296.2).- 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.

Art. (296.3).- Son aplicables los dos artículos innumerados 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.

- **EL SALVADOR**

Art. 333 Código penal.- El servidor público que con ocasión de su cargo o en el ejercicio de sus funciones obtuviere incremento patrimonial con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos y no pueda razonablemente justificarlo, será sancionado con prisión de tres a diez años, e inhabilitación especial del cargo o empleo por igual tiempo.

En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para simular el incremento patrimonial no justificado.

- **CHILE**

Art. 241 bis Código penal.- 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.

Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de

los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito.

La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público. Si el proceso penal se inicia por denuncia o querrela y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo por alguna de las causales establecidas en las letras a) o b) del 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.

- **MEXICO**

Artículo 224 Código penal.- 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.

Incorre 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.

Al que cometa el delito de enriquecimiento ilícito se le impondrán las siguientes sanciones:

Decomiso en beneficio del Estado de aquellos bienes cuya procedencia no se logre acreditar de acuerdo con la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de dos años a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

- **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.

2) Será aplicable también a los casos previstos en el inciso 1) de este artículo, la pena complementaria prevista en el Artículo 57 del Código Penal.

- **PERU**

Art. 401 Código penal.- El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/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.

- **VENEZUELA**

Artículo 73 de la ley contra la Corrupción, de 7 de abril de 2003.- Artículo 73. 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.

VII.- BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*. Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

ALTAMIRANO, G. D. “The impact of the Inter.-American Convention Against Corruption”, *The University of Miami Law Review*, nº 38, 2007, p. 487 a 547.

ANGELINI, L. M., *Comentario sobre el delito de enriquecimiento ilícito*. Disponible en <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/comentarioilicito.htm>.

ASENCIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid, 1989.

ASÚA BATARRITA, A., “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en *Delitos contra la Administración Pública*. Bilbao, 1997.

BÁRCENAS ESPITIA, E., *El enriquecimiento ilícito*. Bogotá, 2003.

BRUZZONE, G. A. y GULLCO, H., “Acerca de la controvertida adecuación constitucional del tipo penal de enriquecimiento ilícito del funcionario público”, en *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. V.V.A.A., Coord. G. A. BRUZZONE y H. GULLCO. Buenos Aires, 2005.

CACIAGLI, M., *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1996.

CAMARGO, P. P., *El delito de enriquecimiento ilícito*. Bogotá, 2002.

CANCINO, A. J. y TOSCANO DE SÁNCHEZ, M., *El delito de enriquecimiento ilícito*. Bogotá, 1986.

CÁRDENAS RIOSECO, R. F., *Enriquecimiento ilícito*. México, 2004.

CASTRO, J. C., *El enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos*. Disponible en <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/ilicito.htm>.

CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal*. 2ª Ed. Tomo I. Valencia, 2005, p. 1021.

COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*. 5ª Ed. Valencia, 1999.

COLOMBO, M. L., y IPOHORSKI LENKIEWICZ, J. M., “Evolución legislativa reciente y análisis de la figura penal en el derecho comparado”, en V.V.A.A., coord. por G. A. BRUZZONE y H. GULLCO, *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. Buenos Aires, 2005.

CONTI, N. J., y SAUMELL, M. F., *Las figuras del enriquecimiento ilícito*. Rosario, Argentina, 2007.

CREUS, C. *Delitos contra la Administración Pública*. Buenos Aires, 1981.

CUERDA ARNAU, M. L., “Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal”, en *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. Volumen I. Valencia, 1997.

CUSGÜEN OLARTE, E., *Derecho tributario en la investigación penal: referido al lavado de activos y al enriquecimiento ilícito de particulares*. Bogotá, 2005.

DE LA MATA BARRANCO, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia, 2007.

DÍAZ ARANDA, E., *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. México, 1999.

ESCOBAR LÓPEZ, E., *Estatuto Anticorrupción (Ley 190 de 1995). Estudio Técnico-jurídico íntegro*. Medellín, 1996.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. “Aspectos jurídicos de los tipos de enriquecimiento ilícito”, en CAMARGO, P. P., *El delito de enriquecimiento ilícito*. 4ª Ed. Bogotá, 2002.

FERREIRA DELGADO, F. J., *Delitos contra la Administración Pública*, 2ª Ed. Bogotá, 1985.

FONTÁN BALESTRA, C., *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, t. VII. Buenos Aires, 1971.

GÁLVEZ VILLEGAS, A., *Delito de enriquecimiento ilícito*. Lima, Perú, 2001.

GARCÍA ALBERO, R., *Non bis in idem material y concurso de leyes*. Barcelona, 1995.

GARCÍA MACHO, R., *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*. Valencia, 1992.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.,

- “Decomiso y embargo de bienes”, en *La armonización del Derecho Penal español: una evaluación legislativa*. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 2006.
- *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*. 2ª Ed. Valencia, 1997.
- “Derecho penal y teoría de la democracia”, en *Historia y Derecho. Estudios en homenaje al Prof. A. García Sanz*. Valencia, 1995.
- “Derecho penal y teoría de la democracia”, en *Historia y Derecho. Estudios en homenaje al Prof. A. García Sanz*. Valencia, 1995
- “La generalización del Derecho penal de excepción: la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad”, en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. Estudios de Derecho Judicial, n° 128.
- “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de Derecho: la doctrina del *Derecho penal del enemigo*”, en *Revista Penal*, n° 19, enero 2007.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., y CUERDA ARNAU, M. L., “Aproximación al Derecho penal parlamentario: inviolabilidades”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n° 1, 1997.

HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno”, en *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal*. Estudios en homenaje al Prof. A. Serrano Gómez. V.V.A.A., Madrid, 2006.

INCHAUSTI, M. A., *Enriquecimiento ilícito de funcionarios*. Buenos Aires, 2001.

LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid, 1994.

MADRID MAYOR, E., *Sentencia C-319 (julio 18 de 1996). Interpretativa manipulativa. La realidad de la Corte en sus fallos. Enriquecimiento ilícito de particulares*. Bogotá, 2000.

MANFRONI, A., *La Convención Interamericana contra la Corrupción. Anotada y Comentada*. 2ª Ed. Buenos Aires, 2001.

MAQUEDA ABREU, M. L., “Fundamento y límites constitucionales a la inmunidad parlamentario”, en *Estudios penales y Criminológicos*, V. XIII. Universidad de Santiago de Compostela, 1990.

MAPELLI CAFARENA, B., *Estudio jurídico dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid, 1990.

MIKKELSEN-LÖTH, J. F., *Enriquecimiento ilícito: el desafío de la ciencia jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la Administración pública*. Buenos Aires, La ley, 2001.

MOLINA ARRUBLA, C. M. *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá, 1997.

NAKAZAKI SERVIGÓN, C. A., “Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria”, *Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, n° 33, 2002.

OLAIZOLA NOGALES, I.,

- *El delito de cohecho*. Valencia, 1999.
- “Concepto de funcionario público a efectos penales”, en *Delitos contra la Administración Pública*, V.V.A.A., Ed. A. ASUA BATARRITA. Bilbao, 1997.

PINTO LEÓN, I., *El enriquecimiento ilícito*. Tesis de Licenciatura. Universidad Panamericana. México, 2000.

RICO, J.M. y SALAS, L., *La corrupción pública en América Latina. Manifestaciones y Mecanismos de Control*. Center for the Administration of Justice. Florida International University. Miami, 1996.

SABOGAL QUINTERO, M. y SÁNCHEZ MONTOYA, L.A., *El enriquecimiento ilícito y la extinción de dominio en Colombia*, Santa Fé de Bogotá, 1997.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*.

SANCINETTI, M. A., *Delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público: un tipo violatorio del Estado de Derecho*. Buenos Aires, 1994.

SAN MARTÍN CASTRO, *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: aspectos sustantivos y procesales*. Lima. Jurista editores, 2002.

SOSA, O. y PORTOCARRERO, E., “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público”, en V.V.A.A., coord. por G.A. BRUZZONE y H. GULLCO, *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. Buenos Aires, 2005.

STABILE VÁZQUEZ, A., “Responsabilidad patrimonial del funcionario público en el delito de enriquecimiento ilícito”, en *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. V.V.A.A. Coord. por G.A. BRUZZONE y H. GULLCO, Buenos Aires, 2005.

VALEIJE, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario públicos, función pública y personas que desempeñan una función pública”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 62; Madrid, 1997.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*. Universidad de Santiago de Compostela, 2003.

VÉLEZ VICTORIA, *Delito de enriquecimiento ilícito*. Bogotá, 1997.

VIDALES RODRÍGUEZ, C.,

- *Los delitos de recepción y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*; Valencia, 1997.
- *El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada*. Centro para la Administración de Justicia. Florida International University. Miami, 1998.
- *La eficacia retroactiva de las variaciones jurisprudenciales*. Valencia, 2001.

VIVES ANTÓN, T.S.,

- “Principio penales y dogmática penal”, en *Estudios sobre el Código penal de 1995*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996.
- *La libertad como pretexto*. Valencia, 1995.
- *Fundamentos del Sistema penal*. Valencia, 1996.
- “Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal”, en *Estudios de filosofía del derecho penal*. V.V.A.A., M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y J. A. GARCÍA AMADO (Ed.). Universidad Externado de Colombia, 2006.

WASHINGTON RODRÍGUEZ A., *Corrupción y enriquecimiento ilícito: homicidio por encargo*. Iuris, Santa Fe, 1998.

ZARAZO OVIEDO, L. A. *Enriquecimiento ilícito: aspectos jurídico-procesales*. Colombia, 1993.