

HIS PROVIDE ET PRO...

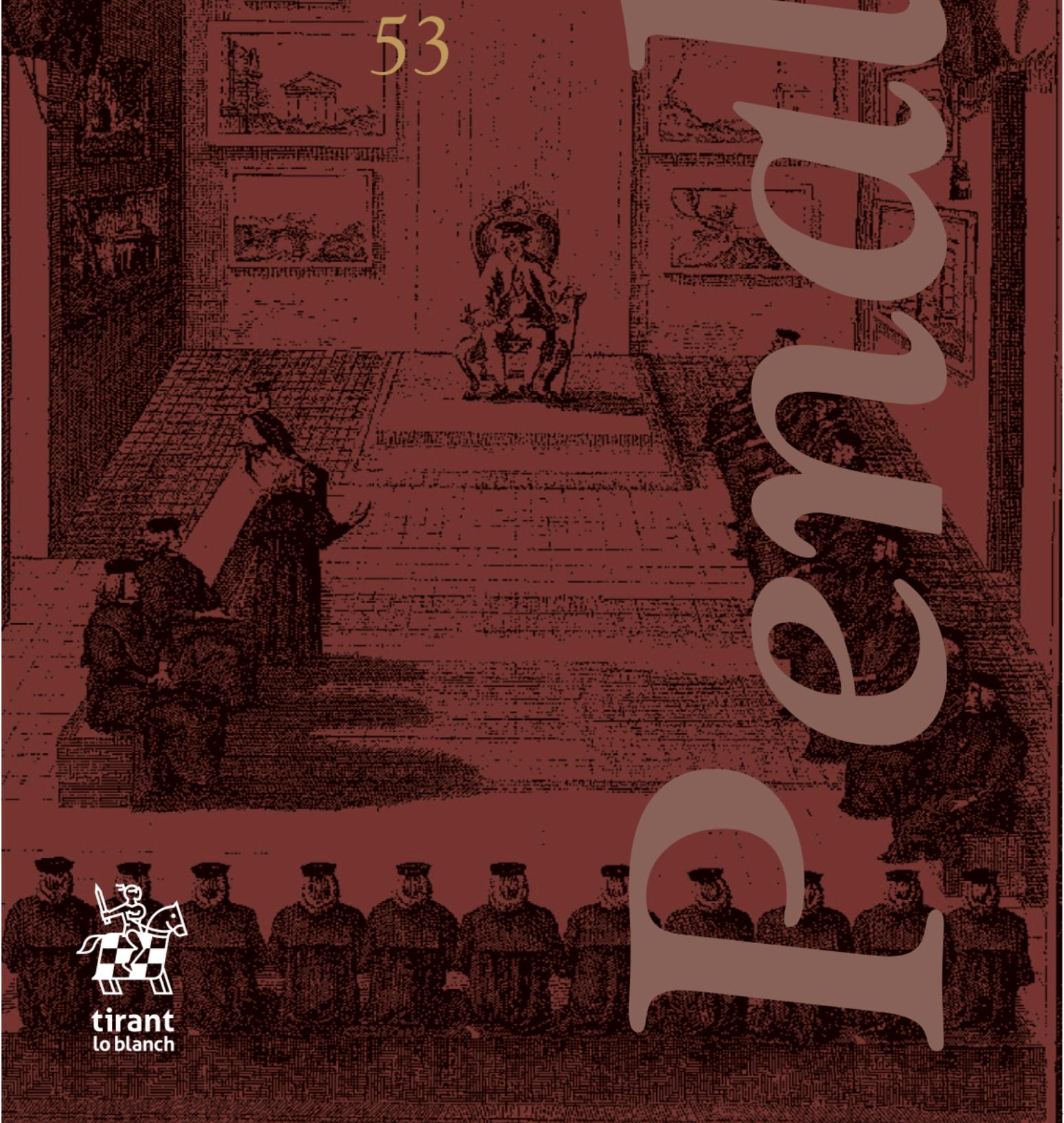
INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

Revista

Enero 2024

53

Renal



tirant
lo blanch

Revista Penal

Número 53

Sumario

Doctrina:

– La lucha contra la corrupción en la Unión Europea a través de la OLAF y la Fiscalía Europea, por <i>Álvaro Alzina Lozano</i>	5
– Sobre la protección penal del medio ambiente. Especial referencia al ecocidio, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	22
– Política criminal del Código Penal frente a los hechos delictivos perpetrados con relevancia femenina, por <i>Emiliano Borja Jiménez</i>	38
– El ejercicio de políticas recaudatorias a través del Derecho penal: notas críticas sobre el fundamento fiscal de la regularización tributaria, por <i>Miguel Bustos Rubio</i>	64
– El nuevo delito del 172 quater, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico, por <i>Cristina García Arroyo</i>	82
– La legislación antidiscriminatoria italiana a la luz de la legislación y la jurisprudencia supranacional y el nuevo proyecto de Ley contra las discriminaciones de género (la homofobia), por <i>Anna Maria Maugeri</i>	96
– El surgimiento de los compliance programs y su relevancia en el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas en EE.UU., por <i>Lucas G. Menéndez Conca</i>	131
– La protección penal del medio ambiente: especial referencia a la flora como elemento de la biodiversidad, por <i>Daniel Montesdeoca Rodríguez</i>	151
– El derecho de defensa ante el Código penal: el nuevo delito de ocultar información sobre el paradero del cadáver, por <i>Elena Núñez Castaño</i>	181
– El principio de territorialidad y la participación delictiva transnacional, por <i>Andrés Payer</i>	203
– El art. 510 CP a examen: aspectos jurídico-penales de su regulación típica, por <i>Antonio Rodríguez Molina</i>	223
– El caso <i>Vos Thalassa</i> . El principio de <i>non refoulement</i> y el reconocimiento de la legítima defensa de los migrantes en caso de devolución a Libia, por <i>Andrea Tigrino</i>	242
Sistemas penales comparados: El delito de enriquecimiento ilícito (<i>Illicit enrichment</i>).....	257

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Victor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I^o
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Alessandro Melchionda. Univ. Trento
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Pineda. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Veronika Albach y Christoph Hollman (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)
Jiajia Yu (China)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
Elena Núñez Castaño (España)
Federica Raffone (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)

Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Ana Cecilia Morán Solano y John Charles Sirvent Istúriz
(República Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Baris Erman (Turquía)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf



El delito de enriquecimiento ilícito (*Illicit enrichment*)

Revista Penal, n.º 53 - Enero 2024

ALEMANIA

Veronika Albach

Christoph Hollmann

Universidad de Colonia¹

Traducción de Laura T. Zambrano Ochoa

Universidad Externado de Colombia

I. INTRODUCCIÓN

La corrupción en los cargos públicos es un problema mundial. Aunque en el discurso alemán se percibe mucho más a otros países como susceptibles de corrupción², las investigaciones en curso en el llamado “asunto de las mascarillas”, en el que numerosos políticos fueron sospechosos de enriquecimiento injusto en la adjudicación de contratos estatales para el suministro de máscaras protectoras durante la pandemia de Corona, muestran³ que Alemania tampoco está libre de intentos de enriquecimiento ilícito en el sector público. Este artículo ofrecerá una visión de la situación actual del derecho penal alemán en el ámbito de la lucha contra la corrupción y debatirá si la creación de un delito separado de “enriquecimiento injusto en el cargo”, como ya han establecido otros países⁴, podría considerarse también en Alemania. Quedará claro que en el centro de este debate se encuentra quizás el principio más importante del derecho penal de todos: La presunción de inocencia.

II. SITUACIÓN JURÍDICA EN ALEMANIA

1. Concepto de Derecho Penal de la Corrupción

El término derecho penal de la corrupción no está definido en la legislación alemana. Aunque es empleado por el legislador en los proyectos de ley⁵, el concepto no se ha establecido. Las aproximaciones al mismo vie-

nen normalmente de fuentes interdisciplinarias. La Oficina Federal de Investigación Criminal (“*Bundeskriminalamt*” o BKA), organismo central de las autoridades policiales en Alemania, define “corrupción” desde una perspectiva criminológica como

“Abuso de un cargo público, de una función en la economía o de un mandato político en beneficio de otro, a instigación suya o por propia iniciativa, para obtener una ventaja para sí mismo o para un tercero, con la producción o la expectativa de producción de un perjuicio o desventaja para el público en general (en una función oficial o política) o para una empresa (en lo que respecta a los autores como funcionarios en la economía)”⁶.

El elemento central es el *abuso del margen de decisión propio para obtener ventajas a costa de terceros*⁷. La BKA recoge el principio de intercambio de beneficios⁸ cuando exige que “en beneficio de otro” se actúe con la intención de enriquecerse a sí mismo o a terceros. Esto es a veces criticado porque excluye los casos de “autoservicio” por parte de funcionarios en puestos directivos⁹. No obstante, esta definición se utilizará en lo sucesivo porque corresponde a la viva imagen social de un detentador del poder sobornado por un tercero¹⁰.

2. Requisitos penales para combatir la corrupción

La respuesta penal a la *corrupción en el ejercicio del cargo* se centra principalmente en los artículos 331 y siguientes del Código Penal (StGB). Se aplican a los funcionarios públicos de conformidad con el artículo 11 (1) n.º 2 del StGB, es decir, funcionarios y jueces (lit. a), así como a otras personas que ejercen funciones oficiales sobre la base de relaciones laborales (lit. b y lit. c). Mientras que los artículos 331 y 333 del Código Penal cubren la situación en la que los funcionarios públicos realizan un acto oficial lícito a cambio de una ventaja concedida, los artículos 332 y 334 del Código Penal se ocupan de la constelación de un acto oficial ilícito a

cambio de una ventaja concedida¹¹. Cuando estos últimos delitos garantizan así la legalidad del ejercicio del cargo¹², los artículos 331, 333 StGB defienden principalmente la “apariencia externa de incorruptibilidad” en la función pública¹³. Los artículos 331 y ss StGB cubren el lado del funcionario público sobornado, mientras que los artículos 333 ss. StGB cubren el lado del sobornador. El StGB se centra en el lado del sobornador. La característica central de todos los delitos es la *ventaja*. Según los §§ 331 y ss. StGB esta sería cualquier mejor posición a la que el funcionario no tiene derecho¹⁴. No depende del valor económico¹⁵, de modo que incluso pequeñas ventajas, habituales en otros contextos, pueden ser punibles¹⁶. Se exceptúan las ventajas tan socialmente habituales que su concesión no influye en el comportamiento¹⁷ o —más exactamente— no van más allá de lo que se asocia a una acción generalmente cortés y amistosa¹⁸. Esto incluye pequeños regalos como galletas de Navidad para un profesor funcionario¹⁹ o regalos promocionales²⁰ como abridores de botellas y bolígrafos para ministros. Por regla general, los regalos de dinero son punibles porque conllevan el estigma de “comprar” un acto oficial y, por lo tanto, hay una necesidad especial de prevención²¹. El artículo 335 del Código Penal destaca los casos especialmente graves de corrupción contemplados en los artículos 332 y 334 del Código Penal, en los que la pena mínima no suele ser inferior a un año de prisión. El artículo 335a StGB también amplía las normas a determinados funcionarios públicos extranjeros e internacionales.

Además de los artículos 331 y ss. StGB, también existen disposiciones penales destinadas a luchar contra *la corrupción en el sector privado*. El artículo 299 (1) del Código Penal sigue el modelo de los artículos 331 y 333 del Código Penal y castiga el trato preferente injusto (nº 1) o indebido (nº 2) de otra persona a cambio de una ventaja. En este sentido, el apartado 2 del artículo 299 del Código Penal es la contrapartida de los artículos 332 y 334 del Código Penal. Los artículos 299a f. del StGB cubren por separado la corrupción en el sector sanitario²². El ejemplo estándar del artículo 335 StGB encuentra su equivalente en el artículo 300 StGB.

Con la modificación del artículo 108e (StGB) en 2014²³, se creó una disposición penal comparable para los *miembros de parlamentos y consejos municipales, que castiga la corrupción con una pena mínima de un año de prisión*²⁴. Sin embargo, siempre se requiere una *conexión con los temas parlamentarios de negociación*; el mero ejercicio de influencia a través de la autoridad del mandato no es suficiente²⁵, lo que en parte se critica como una laguna jurídica injusta²⁶.

En un sentido más amplio, también pueden asignarse al derecho penal de la corrupción delitos que, aunque sus requisitos previos no vayan necesariamente de la mano de la concesión de una ventaja, en la *práctica suelen tener relación con ella*²⁷, como la obstrucción de la justicia en el ejercicio del cargo (artículo 258a StGB)²⁸, certificación falsa en el ejercicio del cargo (artículo 348 StGB)²⁹, pero también delitos contra la propiedad como la malversación (artículo 266 StGB)³⁰.

Además, la aceptación de prestaciones está parcialmente prohibida en *leyes especiales*, por ejemplo en el artículo 71 de la Ley Federal de la Función Pública (BBG). En caso de infracción, la consecuencia disciplinaria tipo sanción suele ser la separación de la función pública³¹.

III. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 20 DE LA CNUCC EN LA LEGISLACIÓN ALEMANA

1. Contenido del Art. 20 de la CNUCC

El objetivo de la promulgación del art. 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) de 31.10.2003 es *mejorar la sancionabilidad penal del “enriquecimiento ilícito”*. Éste se define como un aumento significativo del patrimonio de los funcionarios públicos cuando no pueda demostrarse que dicho aumento guarda una relación razonable con los ingresos legítimos del funcionario³². Se trata, por tanto, de un delito oficial, y el círculo de infractores está legalmente definido en el art. 2 lit. a de la CNUCC. A diferencia de la definición alemana en el art. 11, párrafo 1, nº 2 del Código Penal, la definición incluye también a los miembros del parlamento³³. Según el art. 20 de la CNUCC, es responsabilidad de la fiscalía demostrar que el incremento del patrimonio de un funcionario público excede de lo que cabría esperar normalmente. Una vez aportada esta prueba, se supone que corresponde al acusado explicar este incremento patrimonial; si no lo hace de forma plausible, podría haber condena. Se invierte así la carga de la prueba³⁴. Esta *inversión de la carga de la prueba* podría violar la presunción de inocencia y la libertad de autoinculpación. Debido a estas preocupaciones, se rechazó la aplicación obligatoria³⁵.

2. Presunción de inocencia

La presunción de inocencia se deriva del principio alemán del Estado de Derecho en el artículo 20 (3) de la Ley Fundamental (GG)³⁶ y, por tanto, está garantizada constitucionalmente³⁷. Además, como requisito

del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en el art. 6, apdo. 2, forma parte del derecho federal ordinario (art. 59, apdo. 2 de la GG)³⁸. Mientras no se demuestre la culpabilidad de forma jurídicamente vinculante, debe suponerse que el acusado es inocente³⁹. En este contexto, corresponde al Estado probar la culpabilidad⁴⁰. De acuerdo con el principio “*in dubio pro reo*”, el acusado debe ser absuelto si existen dudas sobre su culpabilidad⁴¹.

La presunción establecida en el art. 20 de la CNUCC es que un incremento extraordinario del patrimonio de un funcionario público procede de fuentes ilegales. Esto equipara la sospecha de corrupción a la prueba real. Corresponde entonces al acusado refutar esta presunción. Si, a pesar de todo, existen dudas sobre el origen del patrimonio, ello no debe conducir a la absolución, sino que debe tenerse en cuenta a expensas del acusado. Esto *entra en conflicto con la presunción de inocencia*⁴².

El 7 de octubre de 1988, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ocupó de una inversión legal de la carga de la prueba en los procedimientos penales en el asunto *Salabiaku contra Francia*⁴³. Se trataba de la presunción legal de “intención de contrabando” en cuanto pudiera probarse la posesión de estupefacientes. El TEDH llevó a cabo una ponderación de intereses en la que se conciliaba el interés de la persecución penal con los derechos del acusado. En general, las presunciones legales pueden darse en todos los ámbitos del Derecho, pero en Derecho penal sólo deben aplicarse de forma restrictiva⁴⁴. El TEDH subrayó que lo que se evaluaba no era la validez abstracta de la norma, sino únicamente su aplicación por los tribunales franceses⁴⁵. Esto sugiere que las inversiones legales de la carga de la prueba en los procedimientos penales se toleran hasta cierto punto. A falta de decisiones contrarias, cabe suponer que el TEDH seguirá ateniéndose a ello⁴⁶.

3. Principio de no autoinculpación

Además, el acusado tiene un derecho constitucionalmente garantizado a guardar silencio, derivado del derecho general de la personalidad en virtud del artículo 2, apartado 1, en relación con el artículo 1, apartado 1, de la Ley Fundamental⁴⁷ y del principio del Estado de Derecho⁴⁸. No tiene por qué autoinculparse, aunque ello no debe suponerle ninguna desventaja en el proceso penal⁴⁹.

Si el art. 20 de la CNUCC se transpusiera a la legislación alemana, el derecho a guardar silencio sobre el origen de los activos quedaría de facto descartado: el acusado, que se enfrenta a acusaciones de corrupción,

tendría la obligación de declarar el origen de los activos que superaran el nivel del incremento patrimonial previsto. Así, sólo tendría la opción de revelar el origen de los activos, lo que podría llevar a la autoinculpación, o tolerar la presunción en su perjuicio. Por otra parte, el Tribunal Constitucional Federal ha subrayado que el principio de no autoincriminación también tiene límites, de modo que es susceptible de ser ponderado frente a otros intereses si no se ve afectada la esencia del principio⁵⁰. Por lo tanto, incluso el silencio puede considerarse desventajoso en determinadas circunstancias⁵¹. En Alemania, la libertad de no autoinculparse está limitada en la medida en que los bienes adquiridos ilegalmente deben declararse en la declaración de la renta⁵². La información sólo puede utilizarse para un proceso penal si existe un interés público especial.⁵³

Esto está en consonancia con la decisión del TEDH *Murray c. Reino Unido*, según la cual no existe una protección absoluta del principio de autoincriminación⁵⁴. En situaciones en las que se necesita una respuesta clara del acusado, su silencio podría utilizarse para evaluar el carácter persuasivo de las pruebas presentadas⁵⁵.

4. ¿Legitimación mediante consideraciones de política criminal?

La introducción de un delito penal en el sentido del artículo 20 de la CNUCC limitaría el principio de no autoincriminación y también la presunción de inocencia. La cuestión de si esto puede justificarse depende de la proporcionalidad en el contexto de las consideraciones de política penal⁵⁶. Dado que se trata de una protección derivada del principio del Estado de Derecho, el Estado es libre de interferir en ambos siempre que pueda justificarlo. La esencia del apartado 1 del artículo 1 de la Ley Fundamental no se ve afectada. Esto sólo sería diferente si se invirtiera la carga de la prueba con respecto a todos los elementos del delito⁵⁷. Según el art. 20 de la CNUCC, el fiscal no sólo debe probar un incremento considerablemente elevado del patrimonio del funcionario público, sino también que éste no guarda una proporción razonable con el incremento patrimonial previsto. Al hacerlo, el ministerio público también debe tener en cuenta los hechos exculpatórios según la legislación alemana. Con respecto a la prueba de estos hechos, la fiscalía se arriesga a un “non liquet”, en el que debe tomarse una decisión a favor del acusado. Por consiguiente, no se produce una inversión completa de la carga de la prueba, de modo que tanto la presunción de inocencia como la libertad de autoinculpación permanecen esencialmente intactas.

La aplicación del art. 20 de la CNUCC aliviaría a las autoridades investigadoras en la lucha contra la corrupción en términos de personal y tecnología⁵⁸. Los delitos de corrupción son difíciles de probar, las partes implicadas suelen ser desconocidas y a menudo se utilizan empresas ficticias y otras formas ocultas para disimular el origen de los activos. Así, la única prueba que queda suele ser el incremento patrimonial del funcionario público. El delito de enriquecimiento injusto elimina estas dificultades para aportar pruebas⁵⁹ y podría servir así para disuadir a los funcionarios públicos⁶⁰.

Sin embargo, el ejemplo de Lituania demuestra que la creación del delito a menudo no consigue el efecto esperado⁶¹. En el art. 189-1 del Código Penal lituano, el legislador lituano penaliza la posesión de bienes por valor superior a 25.000 euros si el acusado sabe o debería haber sabido que no proceden de fuentes lícitas. En este caso, corresponde a la fiscalía demostrar que los bienes proceden de fuentes sospechosas. En principio, según las normas generales, la carga de la prueba debe recaer en la acusación, ya que la inversión de la carga de la prueba se considera incompatible con la presunción de inocencia. Sin embargo, en la práctica, la acusación sólo tiene que demostrar las circunstancias sospechosas; después corresponde al acusado demostrar el origen legal⁶². En consecuencia, se trata de una adopción parcial del art. 20 de la CNUCC en la legislación nacional⁶³. La disposición se entiende en la literatura como una implementación de la misma⁶⁴, aunque hay que tener en cuenta que el foco de la criminalización no está en la sospecha de corrupción, sino en la posesión de activos obtenidos ilegalmente. Se llevaron a cabo un total de 28 procedimientos, que dieron lugar a 4 condenas. En 17 de los 28 procedimientos se produjo un sobreesimiento por dificultades probatorias⁶⁵. Un panorama similar se observa en los países latinoamericanos que han introducido delitos comparables⁶⁶.

Además, esta argumentación también podría utilizarse para justificar la facilitación de pruebas en otros ámbitos delictivos⁶⁷. Existe el riesgo de una “ruptura del dique”. Por razones de política criminal, esto pondría en entredicho los principios fundamentales de la libertad de autoinculpación y la presunción de inocencia en Alemania y los socavaría en esencia⁶⁸. En última instancia, esto socavaría en gran medida la finalidad protectora de estos derechos procesales básicos.

Sin embargo, parece posible transformar la “sospecha de responsabilidad penal” en responsabilidad penal por incumplimiento del deber de revelación. Se podría obligar a los funcionarios públicos a revelar el origen de sus incrementos patrimoniales y, de este modo, se

les disuadiría de aceptar activos de forma ilícita. Ciertamente, esta finalidad penal difiere del art. 20 de la CNUCC; según éste, la no revelación —y no la adquisición ilícita— sería punible⁶⁹. Este deber de revelación ya ha demostrado su eficacia en otros Estados⁷⁰, aunque se trate de una acusación diferente, a saber, la de ocultación con respecto a las fuentes de ingresos en general. En ese caso, no habría amenaza de infracción de la ley, porque la responsabilidad penal no está vinculada al origen de los activos. Las obligaciones de revelación sujetas a sanciones o multas serían igualmente eficaces para promover el objetivo del art. 20 de la CNUCC. Por lo tanto, se les debería dar preferencia.

IV. CONCLUSIÓN

La lucha contra la corrupción no puede tener éxito mediante esfuerzos nacionales en solitario. La comercialización del propio poder como característica de la corrupción está profundamente arraigada en la historia de la humanidad⁷¹. Por lo tanto, el proyecto de directiva anticorrupción presentado por la Comisión de la UE el 3 de mayo de 2023 debe acogerse con satisfacción⁷². El proyecto establece unos requisitos mínimos para la penalización de la corrupción, de modo que los Estados miembros puedan tener más en cuenta los requisitos de la CNUCC⁷³. Por otro lado, este fin no justifica todos los medios: los funcionarios públicos también tienen los mismos derechos que cualquier otra persona acusada. Si el art. 20 de la CNUCC penaliza el enriquecimiento de fuente desconocida para el tribunal, se está cerca de abolir la presunción de inocencia en el ámbito de los delitos de corrupción. Aunque ello pudiera suponer un avance en la lucha contra la corrupción, no debe arriesgarse una “ruptura del dique” con respecto al principio de presunción de inocencia⁷⁴. En consonancia con estas consideraciones, la Comisión de la UE no ha incluido una disposición paralela al artículo 20 de la CNUCC en el proyecto mencionado.

Parece preferible una obligación de transparencia para los funcionarios públicos con respecto a los ingresos percibidos, ya que al trasladar la acusación a la no transparencia, no se presupone ninguna irregularidad que no esté probada y, sin embargo, se puede influir indirectamente en la percepción de ventajas injustas en el sector público.

Notas:

1 Nuestro agradecimiento al Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Paul Wassmer por acompañar la preparación, pero sobre todo a nuestro colega Damien Nippen por la revisión crítica.

2 v. Arnim/Heyni/Iltner, Korruption —Begriff, Bekämpfung— und Forschungslücken, 2006, p. V: percibido durante mucho tiempo como “problema de lejanas repúblicas bananeras”.

3 Resumido <https://www.spiegel.de/thema/maskenaffaere> (recuperado el 19.10.2023); sobre esto también T. Zimmermann/F. Zimmermann, Politischer Einflusshandel und Maskendeals, NJW 2022, p. 2804.

4 De Sudamérica, por ejemplo, Colombia, art. 412 del Código Penal colombiano; Argentina, art. 268 (2) del Código Penal argentino.

5 Por ejemplo, la Ley Anticorrupción de 20 de noviembre de 2015, Boletín Oficial Federal 2015 Parte I, p. 2025.

6 BKA, Korruption-Bundeslagebild 2022, p. 4; basado en Vahlenkamp/Knauß, Korruption: Ein unscharfes Phänomen als Gegenstand zielgerichteter Prävention, 1995, p. 20.

7 Del mismo modo v. Arnim/Heyni/Iltner, Korruption —Begriff, Bekämpfung— und Forschungslücken, 2006, p. 16.

8 También v. Alemann, Politische Korruption: Ein Wegweiser zum Stand der Forschung, en: v. Alemann (ed.), Dimensionen politischer Korruption, 2005, p. 13 (30 f.).

9 v. Arnim/Heyni/Iltner, Korruption —Begriff, Bekämpfung— und Forschungslücken, 2006, p. 24.

10 Véase también Peters, Ein allgemeiner Korruptionstatbestand?, en: T. Zimmermann (ed.), Korruptionsstrafrecht, 2023, p. 15 (17 f.).

11 Sinner, en: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch: StGB, 2ª ed. 2020, § 331 número marginal 5.

12 Sinner, en: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch: StGB, 2ª ed. 2020, § 331 número marginal 5.

13 BVerfG NJW 2015, p. 3708 (3710): Imparcialidad del servicio público; BGHSt 10, p. 237 (241): Pureza del ejercicio del cargo; BGHSt 47, p. 22 (25): Imposibilidad de compra.

14 BGHSt 63, p. 107 (111); BGHSt 31, p. 264 (279); Kuhlen/Zimmermann, en: NomosKommentar Strafgesetzbuch, 6ª ed. 2023, § 331 número marginal 22 y ss.

15 BGHSt 47, p. 295 (304); BGHSt 31, p. 264 (279).

16 Heine/Eisele, en: Schönte/Schröder, Strafgesetzbuch, 30ª ed. 2019, § 331 número marginal 14; véase también Reiff, CCZ 2018, p. 194.

17 Kuhlen/Zimmermann, en: NomosKommentar Strafgesetzbuch, 6ª ed. 2023, § 331 número marginal 24.

18 En el mismo sentido, BGH NJW 1993, p. 1085 (1086).

19 No: una escultura valorada en 200 euros como regalo de despedida de la clase del colegio, más <https://www.spiegel.de/lebenundlernen/schule/geschenke-fuer-lehrer-neue-hoehstgrenze-in-berlin-a-1033628.html> (recuperado el 19.10.2023).

20 Heine/Eisele, en: Schönte/Schröder, Strafgesetzbuch, 30ª ed. 2019, § 331 número marginal 40; Reiff, CCZ 2018, p. 194 (197).

21 BGH NStZ 2000, p. 596 (599): 5 marcos alemanes (DM) por información.

22 En detalle Waßmer, Die Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen mit dem Strafrecht, DGStZ 2020, p. 1 (3 y ss.).

23 Cuadragésima octava Ley de modificación del Derecho penal v. 23.4.2014, Boletín Oficial Federal 2014 Parte I, p. 410.

24 Sobre los límites de la disposición en el “asunto de las máscaras”, véase BGH NJW 2022, p. 2856 (2858 y ss.).

25 Documento impreso del Bundestag 18/607, p. 8; a continuación, BGH NJW 2022, p. 2856 (2861 y ss.).

26 Siekmann, Jefe del Comité de Investigación Bávaro sobre el “asunto de la máscara” v. 12.7.2022, <https://www.br.de/nachrichten/bayern/maskendeals-sauter-und-nuesslein-duerfen-hohe-provisionen-behalten,TBNHpmv> (recuperado el 19.10.2023); propuesta de enmienda en Kubiciel, Mandatsträgerbestechung neu regeln?, ZRP 2023, p. 47.

27 Grützner/Jakob, en: Grützner/Jakob, Compliance von A-Z, 2ª ed. 2015: Begleitdelikte von Korruption.

28 v. Arnim/Heyni/Iltner, Korruption - Begriff, Bekämpfung— und Forschungslücken, 2006, p. 7.

29 Beyerle, en: Böhle (ed.), Kommunales Personal- und Organisationsmanagement, 2ª ed. 2022, § 36 número marginal 8.

30 Bannenberg, en: Wabnitz/Janovsky/Schmitt (eds.), Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5ª ed. 2020, cap. 13 número marginal 91 y ss.

31 En detalle BVerwGE 146, p. 98.

32 v. Aaken, Genügt das deutsche Recht den Anforderungen der UN-Konvention gegen Korruption?, ZaöRV 2005, p. 407 (412).

33 v. Heintschel-Heinegg, en: Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, 58ª edición a partir del 1.8.2023, § 11 número marginal 15.

34 v. Aaken, Genügt das deutsche Recht den Anforderungen der UN-Konvention gegen Korruption?, ZaöRV 2005, p. 407 (412).

35 ONUDD, Proyecto revisado de la CNUCC. A/AC.261/3/Rev.1, 1.3.2002, p. 33 fn. 182; Stolpe, Internationale Vorgaben zur Korruptionsbekämpfung, Kriminalistik 2004, p. 292 (295).

36 BVerfG NStZ 2005, 204; BVerfG NJW 1990, p. 2741.

37 BVerfG NJW 1987, 2427 (2428); BVerfG NJW 1967, p. 2151 (2153).

38 Pieper, en: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 56ª ed. 15.8.2023, Art. 59 número marginal 41.

39 BVerfG NJW 2021, p. 455 (456); BVerfGE 38, p. 105 (111).

40 Jarass, en: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17ª ed. 2022, Art. 20 número marginal 151.

41 Huber, Grundwissen - Strafprozessrecht: In dubio pro reo, JuS 2015, p. 596 (597).

42 Waßmer, en: Grützner/Pötzt/Kreß/Gazeas, Asistencia judicial internacional en materia penal, 133ª entrega, 10/2022, Cap. III. C. 6.5 marginal no. 46.

43 Salabiaku contra Francia (1988), solicitud n.º 10519/83.

44 Salabiaku v. France (1988), Aplicación no. 10519/83, párrafo 28.

45 Landwehr, en: Rose/Kubiciel/Landwehr, The United Nations Convention Against Corruption, 2019, p. 233.

46 Véase el recurso en Dicle y Sadak contra Turquía (2015), solicitud n.º 48621/07; Geerings contra los Países Bajos (2007), solicitud n.º 30810/03.

47 BVerfG NJOZ 2022, p. 373 (374).

48 BVerfG NJW 2004, p. 2073; BVerfG NJW 1981, p. 1431 (1431); Antoni, en: Hömig/Wolff, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13ª ed. 2022, Art. 20 apartado 3 número marginal 10.

49 Inferencia inversa de BVerfG NJOZ 2016, p. 1879 (1883).

50 BVerfG NJOZ 2016, p. 1879 (1883).

51 Véase BVerfGK 17, p. 223 (227) sobre la valoración negativa del silencio parcial en el proceso penal.

52 Jäger, en: Klein, Abgabenordnung AO, 16ª ed. 2022, § 393 número marginal 31.

53 Schmitz/Wulf, en: Münchener Kommentar zum StGB, 4ª ed. 2023, § 370 AO número marginal 380 y ss.

54 Murray v. Reino Unido (1996), solicitud nº 18731/91.

55 Murray v. Reino Unido (1996), solicitud nº 18731/91, párrafo 55.

56 Landwehr, Der Tatbestand der unerlaubten Bereicherung (enriquecimiento ilícito) in Art. 20 of the UN Anti-Corruption Convention, en: T. Zimmermann (ed.), Korruptionsstrafrecht, 2023, p. 62.

57 Landwehr, en: Rose/Kubicel/Landwehr, The United Nations Convention Against Corruption, 2019, p. 233.

58 Kliegel, Der Straftatbestand der unerlaubten Bereicherung, 2013, p. 384.

59 Landwehr, Der Tatbestand der unerlaubten Bereicherung (enriquecimiento ilícito) in Art. 20 of the UN Anti-Corruption Convention, in: T. Zimmermann (ed.), Korruptionsstrafrecht, 2023, p. 59.

60 UNODC, Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, p. 84, disponible en https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Legislative-Guide/UNCAC_Legislative_Guide_E.pdf (consultado el 19.10.2023).

61 Bikelis, Chasing criminal wealth, Journal of Money Laundering Control 2021, p. 95 (103).

62 Bikelis, Chasing criminal wealth, Journal of Money Laundering Control 2021, p. 95 (98).

63 Bikelis, Chasing criminal wealth, Journal of Money Laundering Control 2021, p. 95 (98).

64 Landwehr, Der Tatbestand der unerlaubten Bereicherung (enriquecimiento ilícito) in Art. 20 of the UN Anti-Corruption Convention, en: T. Zimmermann (ed.), Korruptionsstrafrecht, 2023, p. 57.

65 Bikelis, Chasing criminal wealth, Journal of Money Laundering Control 2021, p. 95 (102).

66 Kliegel, Der Straftatbestand der unerlaubten Bereicherung, 2013, p. 385.

67 Bikelis, Chasing criminal wealth, Journal of Money Laundering Control 2021, p. 95 (98).

68 Kliegel, Der Straftatbestand der unerlaubten Bereicherung, 2013, p. 386.

69 Kliegel, Der Straftatbestand der unerlaubten Bereicherung, 2013, p. 298.

70 OCDE, Asset Declarations for public Officials: A Tool to Prevent Corruption, OECD Publishing, 2011, p. 94, <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/47489446.pdf> (consultado el 19.10.2023).

71 Véase también Engels, Kleine Geschichte der Korruption, APuZ 19-20/2021, 4 (4), disponible en https://www.bpb.de/system/files/dokument_pdf/APuZ_2021-19-20_online.pdf (consultado el 19.10.2023).

72 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra la corrupción [y otras], COM(2023) 234 final.

73 En detalle El-Ghazi/Wegner/Zimmermann, Auswirkungen der EU-Vorschläge für einen neuen Antikorruptions-Rechtsrahmen auf das deutsche Strafrecht, wistra 2023, p. 353.

74 Igualmente El-Ghazi/Wegner/Zimmermann, Auswirkungen der EU-Vorschläge für einen neuen Antikorruptions-Rechtsrahmen auf das deutsche Strafrecht, wistra 2023, p. 353 (360).

ARGENTINA

Luis Fernando Niño

(UBA)¹

I. El Código Penal argentino prevé el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos bajo el marco del Título XI, dedicado a los delitos contra la administración pública; y — específicamente— en el Capítulo IX bis de dicho Título, compuesto, en su actual redacción, por tres artículos, a saber: 268 (1), 268 (2) y 268 (3)².

Diversas normas — locales e internacionales— tendientes a combatir el fenómeno de la corrupción confluyeron en el quehacer del legislador nacional a la hora de completar los tipos legales actualmente en vigor.

Corresponde destacar, en tal sentido, la inclusión de dos párrafos referidos al tópico en el artículo 36 de la Constitución Nacional reformada en 1994³, entre los nuevos derechos y garantías consagrados en el magno texto⁴.

Consecuentemente, el Estado argentino aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción, mediante la sanción de la ley 24759⁵, así como la Convención de las Naciones Unidas de igual carácter, a través de la ley 26097⁶.

En el interin, fue satisfecho el compromiso constitucional adoptado en la reforma de 1994, con la promulgación de la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública⁷, que modificó el enunciado del artículo 268 (2) e incorporó el artículo 268 (3), estableciendo —asimismo— el régimen de declaraciones juradas (Capítulo III), el de incompatibilidades y conflictos de intereses (Capítulo V) y el de obsequio a funcionarios públicos (Capítulo VI).

Un nuevo instrumento legislativo, destinado a establecer un régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, sean de capital nacional o extranjero y con o sin participación estatal⁸, además de extender dicha responsabilidad a tales entes, introdujo las últimas modificaciones en la tríada de preceptos alusivos a la materia que aquí se trata, al añadir la pena de multa que completa la redacción actual del artículo 268 (1) y quintuplicar el monto máximo de dicha penalidad respecto de la figura anteriormente prevista, en el subsiguiente.

II. El artículo 268 (1) alude específicamente al uso, con fines de lucro, de informaciones o datos de carácter reservado a los que un funcionario público hubiere tenido acceso en razón de su cargo. Trátase, pues, de un tipo activo, doloso y de sujeto calificado. El fin de

lucro que conforma la descripción torna irrelevante que el provecho personal recaiga efectivamente en el sujeto activo o en un tercero, puesto que, tal como lo señala Carlos Chiara Díaz, coincidiendo en tal aserto con Ricardo Núñez, el objeto de protección de esta figura es “*la administración pública frente a los hechos que, inspirados en un fin lucrativo del agente, pervierten la actuación funcional pública*”⁹.

Sobre la pena de multa que clausura el artículo y que, como se ha señalado, fue añadida en virtud de la ley 27401, sostiene la doctrina que se ha intentado solventar mediante ella la necesidad de actualización monetaria, propia de economías inestables, y —a la vez— otorgar cierta función preventiva a tal sanción, en pos de evitar la especulación de los funcionarios públicos sobre los costos y beneficios originados en la adopción de una decisión ilegal en el ejercicio de su cargo¹⁰.

El **artículo 268 (2)**, referido al enriquecimiento ilícito propiamente dicho, ha dado lugar a diferentes posiciones dogmáticas sobre su exégesis. Parte de la doctrina nacional interpreta a tal figura como un tipo omisivo; conforme a tal postura, lo que configura el delito es la omisión del funcionario o empleado público en orden a justificar la procedencia del enriquecimiento considerable al ser debidamente requerido, vale decir, no dar razones acerca del incremento del patrimonio o la disminución del pasivo, lo que plantea serias objeciones sobre su constitucionalidad¹¹. Se estiman afectados los principios de lesividad y legalidad, en tanto la falta de justificación por parte del autor genera una “sospecha punible”, sin que resulte necesario acreditar el origen ilícito del enriquecimiento. Vinculado a ello, también se juzga controvertido el principio de inocencia y la prohibición de ser obligado a declarar contra sí mismo, toda vez que, frente al requerimiento, el sujeto activo se ve obligado a brindar explicaciones, a riesgo de estimársele incurso en la omisión típica; al tiempo que se invierte la carga de la prueba, debiendo acreditar el imputado que su enriquecimiento no posee un origen ilícito¹².

Pese a tales reparos, la jurisprudencia registrada en la materia, genéricamente considerada, se ha pronunciado en favor de la constitucionalidad de tal figura. Un fallo relativamente reciente, de singular trascendencia en los medios masivos de nuestro país, sintetizó los argumentos tratados en decisiones anteriores, desechando las críticas vertidas contra el tipo legal en análisis. Se trata de la sentencia condenatoria recaída en la causa Nro. 2806 (12.441/2008), dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 1 el 28 de agosto de 2019 y confirmada por la Sala II de la Cámara Federal de

Casación Penal, caratulada “López, José Francisco y otros s/ enriquecimiento ilícito”, por la que se condenó al nombrado, a su esposa y a otros imputados, en orden a tal ilícito¹³.

El Tribunal, rechazó los planteos de inconstitucionalidad presentados por las defensas, retomando los argumentos expresados en los precedentes “Pico”, “Alsogaray” y “Rossi”¹⁴. Sostuvo así, con referencia al tipo legal del artículo 268 (2) del Código Penal, que “*no se trata de un delito que se configure por la mera ‘no justificación’ por parte del funcionario, sino que requiere de la acción de haberse enriquecido en forma ilícita*”. De lo que se deduce que tal colegiado ha justipreciado a tal figura como un delito de acción, resultando la conducta típica el enriquecimiento del funcionario o empleado público. Por añadidura, se interpretó que el debido requerimiento, lejos de vulnerar garantías constitucionales, “*funciona como resguardo del derecho de defensa en juicio, para garantizarlo, y con el objetivo de asegurarle al imputado el conocimiento de la imputación que se le enrostra*”; como “*el acto de autoridad pública por el cual se le haga saber al funcionario o ex funcionario la constatación de aquella situación, con la mayor especificidad y precisión posibles respecto a todas sus circunstancias, y con el objeto de que el requerido pueda justificar, es decir, brindar las razones o argumentos de que la procedencia reconoce un origen legítimo...*”.

A su turno, recurrido el fallo, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, entendió, en el mismo orden de ideas, que el artículo 268 (2) del Código Penal “*prevé un delito de comisión cuya acción es la de enriquecerse patrimonialmente en forma considerable (‘apreciable’ en los términos del Código Penal) e injustificada durante el ejercicio de un cargo público. Por tanto, el presupuesto que habilita el inicio de la investigación es, precisamente, ese incremento patrimonial, tratándose de una infracción que se configura con la acción de enriquecerse por parte del funcionario de manera apreciable y no justificada durante el desempeño en la función pública*”¹⁵.

El intento de neutralizar las críticas dirigidas contra la figura típica en cuestión, reputándola como un delito de acción, implica, en rigor, una modificación de la norma por vía de la exégesis judicial, soslayando el requerimiento de justificar, presente en la norma, o concibiéndolo como una pretendida condición de procedibilidad.

Ninguna duda cabe en punto al fundamento de la punibilidad de una especie delictiva como la que nos ocupa, debido al altísimo grado de desvalor social atri-

buable a los hechos de corrupción y a la necesidad de prevenirla y —en su caso— reprimirla. Por lo demás, se ha hecho mención precedentemente a los instrumentos internacionales que nuestro país ha ratificado en ese sentido¹⁶. De todos modos, el diseño del correspondiente tipo legal merece singular esmero, a riesgo de flexibilizar, en ese crucial proceso de ingeniería legislativa, principios delimitadores del poder punitivo, tales como los de legalidad y lesividad, el principio de inocencia y la regla del *onus probandi*.

El enriquecimiento es ilícito porque es injustificado y no porque el funcionario no lo justifique; y es, por cierto, consecuencia de una serie de conductas causantes, en su caso, del incremento del patrimonio y/o la disminución del pasivo. Luego, la solución no consiste en reformular el sentido de una norma a través de la interpretación, sino en concretar la debida corrección por la vía legislativa.

En lo que va del siglo XXI se han elaborado en nuestro país tres anteproyectos de reforma de reforma integral del Código Penal, presentados en 2006, 2014 y 2019, respectivamente, y los resultados no son alentadores en torno a esta materia. Los dos primeros mantuvieron la objetable fórmula, en sendos artículos, numerados 311, 2º párrafo, y 273; y el más reciente describe, en el artículo 268, inciso 2º, “*al obligado por ley a presentar declaración jurada patrimonial que, al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial desproporcionado con sus ingresos legítimos...*”, mereciendo análogas críticas a las oportunamente formuladas.

La diversidad de posturas sobre el análisis del tipo penal vigente tiene múltiples derivaciones; una de ellas radica en el modo de computar el plazo de prescripción de la acción penal a su respecto. A guisa de ejemplo, el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos decidió, por mayoría, rechazar el planteo de prescripción interpuesto por la defensa de un imputado por tal especie delictiva, entendiéndose que el plazo de prescripción de la acción del delito en cuestión operó a partir de la fecha de presentación de la justificación por el imputado, luego del requerimiento judicial efectuado respecto a un pretendido enriquecimiento patrimonial considerable, durante su ejercicio de la función pública provincial. El magistrado en disidencia proclamó que el plazo de prescripción debía contarse desde la medianoche del día en que expiró el plazo durante el cual aquél cumplió funciones públicas, pues ese ha sido el lapso en el que el supuesto enriquecimiento tuvo lugar¹⁷.

Finalmente, el artículo 268 (3) describe dos conductas: una de ellas es la omisión maliciosa de prestar

declaración jurada patrimonial por quien está obligado a ello por disposición de la ley o en virtud de su cargo. El artículo 5º de la recordada ley 25.188, de Ética en el ejercicio de la función pública, contiene una detallada nómina de virtuales sujetos activos al respecto¹⁸. El otro comportamiento previsto es el falseamiento u omisión de datos que deben contener las declaraciones juradas patrimoniales, de acuerdo a las leyes y reglamentos aplicables¹⁹.

Corresponde destacar que no cualquier omisión de prestar declaración jurada patrimonial resulta típica, sino solo aquella maliciosa, vale decir, estrictamente, dotada de una intención solapada. La propia ley de Ética describe, en sus artículos 8º y 9º el procedimiento y los plazos de presentación, así como las consecuencias de un eventual incumplimiento de tal obligación, intimación mediante. La interpretación armónica de estas normas junto al precepto en análisis permite colegir que el mero incumplimiento no es delito, si no se verifica el especial elemento subjetivo que la figura reclama.

El bien jurídico protegido es la transparencia en el ejercicio de la función pública²⁰.

Cabe concluir este informe plasmando los términos de la Resolución 1/18 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que describe a la corrupción como un “*fenómeno caracterizado por el abuso o desviación del poder encomendado, que puede ser público o privado, que desplaza el interés público por un beneficio privado (personal o para un tercero), y que daña la institucionalidad democrática, el Estado de Derecho y afecta el acceso a los derechos humanos.*”

Notas:

1 Una vez más, he contado, para la colección de datos legales, doctrinales y jurisprudenciales y para la redacción del primer borrador de este informe, con la invaluable colaboración de la Profesora Mariana Trebisacce (UBA).

2 “**Artículo 268 (1).**— Será reprimido con la pena del artículo 256, el funcionario público que con fines de lucro utilice para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo. Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del lucro obtenido”.

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

o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho”.

“**Artículo 268 (3).**— Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo. El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda. En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables”.

3 Ley 24430, publicada en el B. O. del 10/1/1995.

4 CN, art. 36: “...Atentará 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. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

5 Publicada en el B.O. del 17/1/1997.

6 Publicada en el B.O. del 9/6/2006.

7 Se trata de la ley 25188, publicada en el B.O. del 1º/11/1999.

8 Ley 27401, publicada en el B.O. del 1º/12/2017.

9 CHIARA DÍAZ, Carlos A.: “Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados”, en: “Código Penal Comentado de acceso libre”, Asociación Pensamiento Penal, recuperado a través del sitio electrónico de dicha Asociación. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37774.pdf>

10 ABOSO, Gustavo Enrique: “Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia”. 6º edición actualizada. Editorial B de F. Buenos Aires, 2021, p. 1519.

11 ABOSO, G. E.: op. cit., p. 1520.

12 DE LA FUENTE, Javier Esteban: “El delito de enriquecimiento ilícito – La discusión sobre su inconstitucionalidad”, en: “Delitos contra la Administración Pública”, DONNA, Edgardo Alberto (dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p-79 y ss.

13 Al culminar el proceso de referencia se consideró acreditado que el aludido, ex Secretario de Obras Públicas de la Nación, había transportado en un rodado de su propiedad cuatro bolsos y una maleta conteniendo una suma cercana a los nueve millones de dólares, además de otras cantidades de euros, yuanes y pesos argentinos, junto a otros efectos de gran valor, intentando ocultar tales elementos tras los muros de un convento ubicado en el Gran Buenos Aires. También se dio por probado que, junto a su esposa, el ex funcionario adquirió y refaccionó un inmueble, valiéndose de interpósitas personas para disimular la incorporación de dicho bien al patrimonio conyugal.

14 CNCP, Sala I, causa n° 2697, caratulada: “Pico, José M. y otra s/ recurso de casación”, resuelta el 8/5/2000; CNCP, Sala IV, causa n° 4787, caratulada: “ALSOGARAY, María Julia s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, resuelta el 9/6/2005; CSJN, causa 2737, “Rossi, Domingo Daniel s/ enriquecimiento ilícito de funcionario público”, resuelta el 1º/12/2009.

15 Sala II Causa N° CFP 12441/2008/TO1/CFC11 “LÓPEZ, JOSÉ FRANCISCO Y OTROS s/ recurso de casación” Registro no.: 1250/21

16 Vale apuntar que en el artículo 20 de la citada Convención de las Naciones Unidas se plantea la posibilidad de tipificar como delito el enriquecimiento ilícito intencionalmente cometido, definido en tal precepto como “el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”, fórmula similar a la empleada en su momento por el legislador argentino.

17 STJ Entre Ríos, Sala I en lo Penal, causa “Rossi, Domingo D. - Infracción art. 268 (2) C.P. - Incid. de Prescripción - recurso de casación”, resuelta el 14/4/2003. <http://biblioteca.camdp.org.ar/fallos/rossis.pdf>

18 V. en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/60000-64999/60847/norma.htm>

19 Cuadra remitir, para su lectura, al artículo 6º de la ley de mención (v. nota 17).

20 CHIARA DÍAZ, C. A.: op. cit., v. nota 9.

BRASIL

Alexis Couto de Brito

Jenifer Moraes

Universidade Presbiterana Mackenzie

A pesar de Brasil no poseer un tipo penal específico para representar el delito de enriquecimiento ilícito, la posibilidad de incluir esta figura en nuestro Ordenamiento Jurídico ha sido objeto de intensos debates académicos y legislativos desde principios de los años 2000.

Esto se debe a que nuestro país es signatario de varios convenios que exigen a los Estados miembros crear una ley penal que afecte a los funcionarios públicos que posean bienes “incompatibles” con sus funciones, lo que es comúnmente utilizado por los defensores del cambio legislativo como forma de argumento ilustrativo de la urgencia de esta medida y de la obligación de Brasil de honrar estos supuestos compromisos internacionales.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, por ejemplo, incorporada a nuestra legislación en octubre de 2002, mediante el Decreto 4.410, establece en su artículo IX que “sin perjuicio de su Constitución y de los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún si no lo hayan hecho, adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delito en su legislación el incremento de patrimonio de un servidor público que exceda significativamente de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente. La disposición también establece que el 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 que sus leyes lo permitan.”

De igual manera, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, insertada mediante el Decreto 5.687 de 2006, establece en su artículo 20 que “con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que son necesarias para calificar como delito, cuando se comete intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público en relación con sus ingresos legítimos que no puede ser justificado razonablemente por éste.”

Estas predicciones se utilizaron y se siguen utilizando hoy en día como lema para proponer proyectos de ley con el objetivo de crear el tipo de enriquecimiento ilícito, por lo que actualmente estamos viendo un aumento en el número de presentaciones de propuestas de cambios legislativos, especialmente después de la reciente inestabilidad política tras las protestas de 2013 y la insuficiencia de la fiscalía estatal para hacer frente a fenómenos organizativos dispersos —como la corrupción— o delitos cometidos por organizaciones criminales complejas y financieramente estructuradas.

Como propuestas pioneras tenemos, por ejemplo, los proyectos de ley 5586 (proveniente del Poder Ejecutivo) y 5363 (de la Cámara de Diputados)¹, ambos de 2005, que prevén la inclusión del delito de enriquecimiento ilícito en el art. 312-A del Código Penal brasileño. La redacción que trae el supuesto tipo penal sería “Poseer o adquirir bienes o valores, el empleado público, incompatibles con los ingresos anuales declarados, o que no puedan ser razonablemente justificados por él” y la pena prevista para el delito sería la de prisión de 2 a 12 años y multa. La justificación presentada por los proponentes se fundamenta en la compatibilidad de nuestro Ordenamiento Jurídico con las normas programáticas de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y la necesidad de ampliar el alcance punitivo, dado que la sanción por el hecho como improbidad administrativa “no tendría la potestad de imprimir una reprimenda” suficiente. El proyecto aún está pendiente de discusión en el Pleno y, junto a él, se han reunido otras propuestas similares.

En 2012, la creación del delito de enriquecimiento ilícito fue insertada dentro de la estructura de un nuevo Código Penal brasileño, presentado por el Proyecto de Ley del Senado n° 236². La propuesta asigna la figura del art. 277 del nuevo código y lo tipifica de forma más

específica que proyectos anteriores, como “Adquirir, vender, prestar, alquilar, recibir, ceder, usar o disfrutar de manera no eventual bienes o valores muebles o inmuebles, el valor de que sea incompatible con los ingresos que perciba el servidor público por razón de su cargo o por otros medios lícitos”. La pena impuesta por el delito equivaldría a la pena por el actual delito de malversación, es decir, oscilaría entre los cinco años de prisión, estando prevista también la pérdida de patrimonio, si el hecho no constituye un elemento de otro más grave delito. Actualmente, el proyecto espera la designación de un Relator en la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía del Senado.

Dos años después, en 2015, se presentaron cuatro proyectos con este propósito. Proyecto de Cámara n° 3294/2015³, que prevé la conducta de “Adquirir, vender, prestar, alquilar, usar o disfrutar de manera no eventual bienes muebles o inmuebles o valores, cuyo valor sea incompatible con los ingresos obtenidos por el servidor público, en el ejercicio de su cargo, empleo, servicio público o cargo de elección popular”, con pena de dos a cinco años de prisión; Proyecto de Cámara n° 2025/2015⁴, que prevé la conducta de “utilizar o incorporar a los servidores públicos, de cualquier forma, a su patrimonio o al de persona interpuesta, bienes, rentas, fondos o valores que formen parte del patrimonio de cualquier entidad de directa, administración indirecta o fundacional de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal, de los Municipios, del Territorio, de una sociedad constituida en el patrimonio público o de una entidad para cuya creación o financiamiento el fisco haya concurrido o compita con más del cincuenta por ciento del patrimonio o de los ingresos anuales”, con pena de dos a doce años de prisión; Proyecto de Cámara n° 1492/2015⁵, que prevé la conducta de “Adquirir, poseer, vender, prestar, alquilar, recibir, ceder, usar o disfrutar de manera no eventual bienes o valores de cualquier naturaleza, cuyo valor sea incompatible con el los ingresos obtenidos por el servidor público, o por cualquier persona equivalente a él, con motivo de su cargo, empleo, función pública o mandato electivo, o por otros medios lícitos”, con pena de prisión de tres a ocho años más la pérdida de bienes y valores.; y el Proyecto de Ley del Senado N° 35/2015⁶ que prevé la conducta de “Poseer, mantener o adquirir, por parte de servidores públicos, bienes o valores de cualquier naturaleza, incompatibles con su evolución patrimonial o con los ingresos que perciban como consecuencia de su cargo”, empleo, servicio público o cargo electo”, con pena de dos a cinco años de prisión, además del decomiso de bienes si el

hecho no constituye elemento de otro delito más grave. Actualmente los tres primeros se encuentran embargados al Proyecto 5363/05, antes mencionado, y el último (35/2015) fue archivado.

Si bien los proyectos difieren en algunos elementos típicos, se acercan en la justificación populista presentada por los congresistas proponentes. En todos ellos, la necesidad de “luchar contra la corrupción” o reducir el sentimiento de impunidad que vive la población es el objetivo que se presenta como foco del cambio legislativo, generalmente combinado con la necesidad de seguir el ejemplo de otros Estados que ya han avanzado para crear el Instituto.

En 2016, además del proyecto de ley del Senado N° 3277, que fue archivado en 2022, tuvimos la presentación de un proyecto de ley por iniciativa del Ministerio Público Federal, denominado “10 medidas contra la corrupción”, es decir, el PL 4850/2016⁸, que actualmente lleva el número 3855/2019. Además de varias otras figuras penales, el proyecto pretende tipificar el delito de enriquecimiento ilícito como “Adquirir, vender, prestar, alquilar, recibir, ceder, poseer, usar o disfrutar, en forma no eventual, de bienes, derechos o valores” cuyo valor sea incompatible con los ingresos obtenidos por el servidor público, o por persona equivalente a él, por razón de su cargo, empleo, función pública o mandato electivo, o obtenidos por otros medios lícitos”, con pena de tres a ocho años de prisión, además del decomiso de bienes si el hecho no constituye un elemento de un delito más grave.

De la misma manera que las propuestas presentadas anteriormente, el proyecto se basa en una necesidad imaginada de reducir el sentimiento de impunidad que vive la sociedad civil en relación con la corrupción⁹, siendo sorprendentemente sincero —y poco técnico— al apoyar la necesidad de crear el instituto en la incapacidad de las autoridades públicas para investigar y probar la corrupción¹⁰. La justificación del texto también fundamenta una supuesta necesidad del delito de enriquecimiento ilícito en la “actuación inmoral e ilegal de un servidor público, de quien se espera un compromiso con la ley más significativo que el que se espera del ciudadano común”. El Proyecto aguarda la constitución de la Comisión Temporal en el Pleno, para su posterior deliberación¹¹.

Finalmente, en 2018 tuvimos otra propuesta similar adjunta al Proyecto de Cámara N° 5363/2005 (Proyecto de Ley 1071/2018¹²), y, en 2019, el Proyecto de Cámara N° 82¹³, con redacción prácticamente idéntica a la presentada por el Proyecto de Ley 4850/2016, también bajo el argumento de que “es muy difícil sancionar el

delito de corrupción, salvo cuando una de las partes revela su existencia, lo que normalmente no ocurre”, proyecto que fue adscrito al propio PL 1071/2018.

Actualmente, por lo tanto, el delito de enriquecimiento ilícito no tiene forma autónoma en nuestra legislación, aunque en 2019, nuestro Código Procesal Penal y nuestro Código Penal fueron modificados por la ley 13.964 para crear la figura de confiscación ampliada, figura cuyas consecuencias se parecen a los de esta figura en términos probatorios.

En el ámbito procesal, el artículo 133-A ahora autoriza a las autoridades públicas a utilizar los bienes embargados, secuestrados o sujetos a cualquier medida, incluso antes del término del proceso¹⁴. En el ámbito penal, con una estructura muy cercana a la idealizada para el delito de enriquecimiento ilícito, se creó el artículo 91-A, que dispone que “en caso de condena por delitos para los cuales la ley imponga una pena máxima superior a 6 (seis) años de prisión, podrá ordenarse la pérdida, como producto o beneficio del delito, de bienes correspondientes a la diferencia entre el valor de los bienes del condenado y el que sea compatible con sus ingresos legales”.

El apartado 1 de la disposición considera bienes del acusado todos aquellos bienes sobre los que tiene control y beneficio directo o indirecto —considerados a partir de la fecha del delito—, así como los transferidos a terceros a título gratuito o a cambio de una contraprestación insignificante. Para empeorar las cosas, el §2 de la disposición impone directamente al condenado la carga de demostrar la inexistencia de la incompatibilidad alegada por el Ministerio Público, o el origen lícito de los bienes.

A nuestro juicio, por tanto, aunque no contamos con la figura de enriquecimiento ilícito expresamente prevista en nuestra legislación, la creación del decomiso ampliado a partir de 2020, proporciona, en términos probatorios, exactamente las mismas consecuencias ilegítimas de ese tipo de delito. Esto se debe a que ambos se basan en la inversión de la carga de la prueba a favor de la acusación, en la medida en que se le da al acusado la carga de demostrar que el origen de sus bienes es lícito y/o no está directamente relacionado con la comisión del delito antecedente, mientras que el órgano acusador sólo está obligado a identificar un indicio de que el bien es derivado del delito.

Independientemente de la naturaleza de la sanción impuesta, es decir, que la consecuencia del enriquecimiento ilícito sea la privación de libertad y la consecuencia de la confiscación ampliada sea la pérdida de bienes, ambos institutos son en esencia inconstitucionales.

les, ya que permiten la imposición de una sanción penal basada nada más que en presunciones de que un determinado bien provendría de un delito penal anterior. Tales presunciones, autorizadas por la ley, se limitan a señalar una supuesta desproporción entre los ingresos legales del demandado y el patrimonio adquirido por él —desproporción que puede surgir incluso por otras razones—, teniendo el demandado la obligación de presentar una prueba diabólica de la legalidad de su propio patrimonio. Sin duda, se trata de una distorsión estructural del proceso penal contemporáneo, que debe leerse siempre como un instrumento para proteger a los ciudadanos y contener el poder punitivo del Estado.

Precisamente por ello entendemos la incompatibilidad de ambas predicciones con nuestro ordenamiento jurídico, dada la evidente ilegitimidad de sus consecuencias con el principio de culpabilidad y la imposibilidad de invertir la carga de la prueba en el proceso penal. Tales institutos, en realidad, representan el reconocimiento, por parte del propio Estado, de su incompetencia para hacer uso de las normas procesales penales para identificar y sancionar los delitos que se hayan podido cometer, por lo que se intenta flexibilizarlas para facilitar labor persecutoria, en perjuicio del eslabón más débil de la relación procesal.

Sin embargo, no identificamos ningún incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por Brasil cuando defendemos la imposibilidad de aceptar el enriquecimiento ilícito, tanto más cuanto que la normativa es explícita al determinar la internacionalización del instituto si es compatible con el sistema principiológico del ordenamiento, lo cual claramente no es así.

Además de la cuestión procesal, la figura criminal imaginada también confronta fundamentos fundamentales del Derecho Penal contemporáneo, como la idea de fragmentariedad. Esto se debe a que la improbidad administrativa en forma de enriquecimiento ilícito ya está prevista en nuestro ordenamiento jurídico de manera más restringida que el presunto tipo penal, como por ejemplo “Lograr, mediante la práctica de un acto intencional, cualquier tipo de ventaja financiera indebida por razón de el ejercicio de un cargo, mandato, función, empleo o actividad en las entidades a que se refiere el art. 1.º de esta Ley.”¹⁵ Ante esta predicción, incluso si se entiende que el bien jurídico puede definirse a priori y que, en el caso del enriquecimiento ilícito, es la administración de justicia —con lo que no estamos de acuerdo— ya habría una salvaguardia administrativa suficiente. Ante esta situación nos preguntamos ¿cómo sería posible proteger un mismo bien jurídico de forma

más amplia —e incierta— a través de la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, en lugar de a través de un ámbito menos gravoso? ¿Cómo justificar, en estas condiciones, la reducción de las garantías procesales que se han establecido durante siglos en el ámbito penal y que se siguen preservando en el ámbito administrativo?

En nuestra opinión, esta compatibilidad es imposible, lo que pone de relieve el intento de nuestro parlamento de ampliar el alcance punitivo del Derecho Penal para superar la propia incapacidad del Estado para perseguir los delitos contra la administración pública. El fenómeno, a nuestro juicio, se origina en la falsa idea de la condena rápida como consecuencia exitosa del proceso penal y demuestra la ilegitimidad de este modelo político criminal.

Notas:

1 Disponible en: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=311439&filename=PL%205363/2005

2 Disponible en: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1694633443077&disposition=inlin&_gl=1*1924p8c*_ga*MTQ0MjUyMjE4OC4xNjkzMzlwNDky*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5OTM4NTY2Ny41LjEuMTY5OTM4NzQwOS4wLjAuMA

3 Disponible en: www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1399326&filename=PL%203294/2015

4 Disponible en: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1350904&filename=PL%202025/2015

5 Disponible en: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1332878&filename=PL%201492/2015

6 Disponible en: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3593205&ts=1674175547421&disposition=inlin&_gl=1*qpo05t*_ga*MTQ0MjUyMjE4OC4xNjkzMzlwNDky*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5OTM4MMDMwNy40LjAuMTY5OTM4MMDMwNy4wLjAuMA

7 Disponible en: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4169394&ts=1674177357149&disposition=inlin&_gl=1*ftdvwz*_ga*MTQ0MjUyMjE4OC4xNjkzMzlwNDky*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5OTM4MMDMwNy40LjEuMTY5OTM4MDDYyMy4wLjAuMA

8 Disponible en: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1448689&filename=PL%203855/2019%20\(N%C2%BA%20Anterior:%20PL%204850/2016\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1448689&filename=PL%203855/2019%20(N%C2%BA%20Anterior:%20PL%204850/2016))

9 Texto del Proyecto: “A sociedade brasileira assiste estarecida o agravamento de denúncias sobre corrupção e enriquecimento ilícito de agentes públicos, colocando em cheque o próprio sistema de política e administração pública. A população diverge em muitos pontos conforme suas ideologias ou circunstâncias, mas se da movimentação das ruas brota um grito neste março de 2016 é pela defesa do estado democrático de direito e pelo fim da corrupção em todas as suas formas.”

10 Texto del Proyecto: "O enriquecimento ilícito de servidor público decorre comumente da prática de corrupção e crimes conexos. No entanto, como ressaltado no projeto, é muito difícil punir o crime de corrupção, salvo quando uma das partes revela sua existência, o que normalmente não acontece."

11 Inicialmente, la propuesta había sido retirada en modificaciones legislativas, que luego fueron eliminadas, con un cambio en el régimen de tramitación del proyecto.

12 Disponible en: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1657272&filename=PL%2010171/2018

13 Disponible en: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1707402

14 Em original: Art. 133-A. O juiz poderá autorizar, constatado o interesse público, a utilização de bem sequestrado, apreendido ou sujeito a qualquer medida assecuratória pelos órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição Federal, do sistema prisional, do sistema socioeducativo, da Força Nacional de Segurança Pública e do Instituto Geral de Perícia, para o desempenho de suas atividades.

15 Art. 9º

CHINA

Jiajia YU*

Associate Professor at the KoGuan School of Law in Shanghai Jiao Tong University

I. OVERVIEW

In corruption cases, *state functionaries* involved in illicit enrichment may face criminal charges. State functionaries, as defined in the criminal law, encompass three main groups: (i) employees in state authorities responsible for public affairs, (ii) employees in state-owned entities or public organizations tasked with public affairs, and (iii) those dispatched by state authorities or state-owned entities to private entities or associations to perform public duties¹.

China's anti-corruption efforts employ a comprehensive mechanism that extends beyond the Criminal Law. Before 2018, the Procuratorate held the primary responsibility for prosecuting corruption offenses. A significant shift occurred with the establishment of the National Supervisory Commission in 2018, raising it to the highest anti-corruption authority. It holds the same constitutional status as the State Council, the Supreme People's Court and the Supreme People's Procuratorate. Governed by the Supervision Law, effective from March 20, 2018, and its implementation rules since September 20, 2021, the National Supervisory Commission has jurisdiction over all *public officials* exer-

cising public power, including, but not limited to, state functionaries². It is empowered to take administrative measures against corrupt officials.

For corrupt officials who are members of the CPC (Communist Party of China), the CPC Disciplinary Regulations (2018 revision) provide an additional basis for party disciplinary measures in cases of corruption-related violations.

II. ILLICIT ENRICHMENT IN THE CRIMINAL LAW

Regarding illicit enrichment, there are two offenses in the Criminal Law.

1. Unjustified Enormous Excess

Illicit enrichment is presumed to have its origins in corruption offenses like bribery, embezzlement and duty-related violations. However, proving this connection in criminal trials is challenging. Article 395 of the Criminal Law addresses situations where a state functionary fails to justify an enormous excess in their properties or expenditures compared to their lawful income. In essence, possessing unjustified enormous excess is sufficient for criminal charges.

To be a crime, specific criteria must be met. First, the state functionary is ordered to explain the enormous excess but fails to provide a reasonable explanation. This failure can manifest as a refusal to explain, an inability to do so, false statements, or insufficiently detailed information³. Second, the excess must meet the judicial interpretation's minimum threshold of 300,000 Chinese Yuan⁴. In such cases, the maximum imprisonment is up to 5 years, extending to 10 years for exceptionally enormous amounts. Third, illicit enrichment is subject to confiscation.

2. Hiding Money Housed Overseas

With China's expanding global activities, there has been a growing concern about state functionaries channeling their (lawful or illicit) enrichment across borders. This includes their involvement in international activities, be it official or personal, and the relocation of their family members for education, business, or settlement purposes. Such activities involve the transfer of enrichment abroad through official engagements or holding foreign accounts to avoid scrutiny.

In 2017, the CPC and the State Council jointly released guidelines mandating public officials in leadership positions (ranging from level ten to level one, with a focus here on positions at or above level eight) to report

their personal information annually by January 31 for the preceding year⁵. This report should cover personal details like marital status, spouse information, children residing abroad, and professional engagements, as well as financial affairs related to income, property ownership, and investments for the officials and their families⁶. Additionally, moving money abroad, whether related to illicit enrichment or not, must adhere to foreign exchange administration regulations.

Among public officials, state functionaries, who deliberately fail to report substantial amounts of money housed overseas, may face a criminal charge also under Article 395 of the Criminal Law.

To be a crime, specific criteria must be satisfied. First, money housed overseas (including Hong Kong, Macao, and Taiwan) includes money in foreign accounts, securities, payment instruments, precious metals and their products. Second, the reporting obligation spans a wide range of enrichment, not limited to illicit enrichment. It covers enrichment from both domestic and international earnings, inheritance, gifts, and even proceeds from illegal activities. This obligation applies regardless of whether the state functionary personally took the hidden money overseas or entrusted someone else to store it abroad. Third, the amount of money hidden overseas must surpass a substantial threshold, defined by judicial interpretation, with a minimum of 300,000 Chinese Yuan. In such instances, the maximum imprisonment term is up to 2 years. Failure to meet the criminal threshold is considered less severe, not warranting criminal punishment but serving as a legal basis for administrative sanctions.

In a specific case, the state functionary's wife deposited HKD 200,000 and HKD 950,000 in an HSBC Bank (Macao) account in 2007 to purchase two houses in Macao before their divorce. He reported income, daughter's studies, a divorce agreement, and personal travel until December 30, 2015, but deliberately omitted details of his money in foreign accounts and real estate ownership, which made him face a criminal charge.

If deliberately omitting the reporting on money housed overseas and failing to explain its lawful sources, the accused may face two criminal charges, unjustified enormous excess and hiding money housed overseas.

III. MECHANISMS FOR ENSURING JUSTICE ACROSS BORDERS

China is dedicated to deepening international cooperation to combat corruption and establishing an in-

tegrated mechanism for pursuing fugitives, preventing escape, and retrieving stolen assets.

1. Procedural Mechanisms

In certain situations, corrupt officials manage to evade justice by fleeing China before criminal proceedings. There are also cases where the accused passed away during the criminal proceedings. Recognizing these challenges, the Criminal Procedure Law underwent crucial revisions in 2012 and 2018, introducing specialized procedures to address such situations: the special confiscation procedure and the absentee trial procedure. Both are applicable in cases of corruption.

The special confiscation procedure empowers prosecutors to request the court to confiscate illicit enrichment. When necessary, the court can take measures such as sealing, seizing, or freezing the enrichment subject to confiscation⁷. A notable example is the posthumous confiscation in the case of Ren Runhou, reported by the Supreme Procuratorate. Ren, implicated in corruption, passed away in 2014 due to illness. In 2016, the prosecutor sought the court's approval to confiscate his illicit enrichment, leading to a court order in 2017 for the confiscation of his bribery gains (amounting to 300,000 Chinese yuan) and the interests from them, unexplained illicit enrichment (totaling over 12.65 million Chinese yuan), and other assets involved, including foreign currencies, jewelry and other valuable items⁸.

The absentee trial procedure allows prosecutors to press charges against a corrupt official and judges to deliver judgments based on the evidence, even if the accused is absent from the courtroom⁹. However, the presence of a defense attorney is still necessary. In cases where the defendant or their family fails to appoint a defense attorney, the court is obligated to notify the legal aid institution to assign a defense attorney¹⁰.

Once corrupt officials have moved illicit enrichment abroad, it is beyond the direct reach of Chinese law enforcement agencies. In such cases, the solution to retrieving the enrichment removed abroad lies in international cooperation.

2. International Cooperation

The Supervision Law significantly strengthens international cooperation against corruption. Article 52 underscores the National Supervisory Commission's pivotal role in coordinating global anti-corruption efforts. It delineates a range of measures, encompassing the request for information, freezing, confiscating, seizing, recovering, and retrieving assets involved in corruption

cases. Additionally, the Supervision Law mandates strict oversight of public officials and their families entering or exiting China, and monitoring their cross-border asset movements. This legal framework aligns seamlessly with the principles outlined in the United Nations Convention Against Corruption, establishing a robust foundation for global collaboration in the fight against corruption.

In 2018, these collaborative efforts yielded positive outcomes. 1,335 fugitives were repatriated from more than 110 countries, including five on the “top-level warning” list. The amount of retrieved assets reached an impressive 3.541 billion Chinese yuan. This marked a 3% increase in repatriated fugitives and a remarkable 261% surge in the retrieved amount compared to the preceding year, 2017.

IV. BEYOND CRIMINAL SANCTIONS

The actions taken against corrupt officials extend beyond criminal sanctions, involving both administrative measures and disciplinary actions by the CPC.

1. Administrative Measures

Corrupt officials may face administrative sanctions imposed by the supervisory commission. These sanctions include warnings (indicating misconduct), records of demerit (official documentation of the violation), records of serious demerit (official documentation of the obvious violation), demotions (reduction in rank), removal from office, and dismissal (career termination)¹¹. The severity of these sanctions ranges from warnings to dismissal, with the degree escalating based on the circumstances.

2. Party Disciplinary Actions

Given that some corrupt officials are members of the CPC, particularly those in leadership positions, party disciplinary actions are crucial alongside criminal and administrative sanctions.

The CPC Disciplinary Regulations (2018 revision) establishes a legal foundation for these actions. In corruption cases, party members may face one of the following party disciplinary actions: removal from party leadership positions, probation, or expulsion from the party¹². Deliberate violations of rules regarding the reporting of personal information, including financial affairs, may result in warnings for the party member¹³.

3. Multiple Mechanisms in Conjunction

When dealing with the CPC member’s corruption, the first approach is to initiate party disciplinary actions within the party organization, followed by administrative measures and criminal penalties¹⁴.

The supervisory commission is tasked with investigating corruption cases and holds the authority to impose administrative sanctions on corrupt officials. If the investigation reveals concrete criminal evidence, the supervisory commission shall transfer the case to the prosecutor for criminal charges¹⁵.

Party members, found in apparent violation of party disciplinary rules and guilty in criminal trials, must face dismissal from public office¹⁶.

Notas:

* AvH Fellow since 2018, and a licensed Attorney at Law registered in China (E-mail: jjaijay@sjtu.edu.cn).

1 Criminal Law, Article 93.

2 Supervision Law, Article 15.

3 Summaries of the National Symposium on Adjudicating Economic Crime Cases by Courts (issued by the Supreme People’s Court on November 12, 2003).

4 Provisions (Trial) on the Criteria for Accepting and Investigating Cases by People’s Procuratorates (issued by the Supreme People’s Procuratorate on September 16, 1999).

5 Regulations on the Reporting of Personal Matters by Those in Leadership Positions, Article 5.

6 Regulations on the Reporting of Personal Matters by Those in Leadership Positions, Articles 3 and 4.

7 Criminal Procedural Law, Article 298.

8 Case No. 130 included in the 32nd set of guiding cases released by the Supreme People’s Procuratorate in 2021 (https://www.spp.gov.cn/spp/jczdal/202112/t20211209_538468.shtml).

9 Criminal Procedural Law, Article 291.

10 Criminal Procedural Law, Article 293.

11 Supervision Law, Article 45 (1)(2). Additional grounds for these sanctions can be found in the Regulations on Disciplinary Measures for Civil Servants (Article 23) and Regulations on the Reporting of Personal Matters by Those in Leadership Positions (Article 13(3)).

12 CPC Disciplinary Regulations (2018 revision), Article 27.

13 CPC Disciplinary Regulations (2018 revision), Article 73(1)(1).

14 CPC Disciplinary Regulations (2018 revision), Article 29.

15 Implementation Rules for the Supervision Law (effective September 20, 2021), Article 26.

16 Interim Regulations on Administrative Sanctions for Public Officials, Article 8.

COLOMBIA

Paula Andrea Ramírez Barbosa

Universidad Católica de Colombia

1. INTRODUCCIÓN

El delito de enriquecimiento es un delito especial y autónomo que se refiere a la conducta del autor que en forma directa o inmediata aumenta su patrimonio sin justificación alguna, por lo cual, para su configuración no es necesario recurrir a otro tipo penal ni a otro ordenamiento jurídico, tampoco se requiere la existencia de un juicio o sanción penal previa de otro sujeto por otro delito. En el delito de enriquecimiento ilícito el objeto jurídico tutelado es de orden constitucional —la moral pública— y el recto funcionamiento del orden económico y social tratándose de la conducta cometida por un particular¹.

En efecto, el delito de enriquecimiento ilícito en Colombia tiene dos modalidades una de ellas se estructura cuando la conducta es realizada por servidores públicos y la otra, cuando se trata de particulares. Los tipos penales pretenden salvaguardar el orden económico y social, la ética pública, el patrimonio del Estado y la seguridad pública. Por tanto, su finalidad se puede enlazar con la prevención y sanción de la corrupción y otras formas de criminalidad conexas. También sobresale lo dispuesto en la Constitución política que incorpora normas orientadas a posibilitar la extinción del dominio de bienes adquiridos mediante el delito de enriquecimiento ilícito².

En este tipo de delitos su configuración típica no se encuentra condicionada con otro comportamiento delictivo que difiere en el objeto jurídico tutelado, como lo es, por ejemplo, el narcotráfico, donde otro es el sujeto activo, por lo cual, puede predicarse su independencia³. La ilicitud del comportamiento en el enriquecimiento ilícito de servidores públicos y particulares proviene pues de la conducta misma de los autores de estos delitos y no de la condena concreta que por otro delito se les haya impuesto a terceras personas⁴.

Así las cosas, la diferenciación entre una y otra conducta va más allá de la calidad que ostenta el sujeto activo del delito, puesto que el delito de enriquecimiento ilícito de particulares no es tipo subsidiario como sucede con el de servidores públicos; ya que el reproche recae en el aumento patrimonial no justificado derivado de una u otra forma de actividades delictivas. De ahí que la fundamental diferencia radique en el origen de los recursos que aumentan injustificadamente el patrimonio, mientras en el enriquecimiento ilícito de los

*servidores oficiales, se torna injustificado todo aquel acrecimiento de riqueza que no encuentre explicación, en el de particulares el aumento patrimonial si la tiene, a partir de establecerse que provenga de actividades delictivas. Por eso, como las funciones de los servidores públicos se hallan precisamente determinadas en la ley, cuando aumentan su patrimonio con recursos originados en actividades delictivas, deben responder por esta conducta, no como funcionarios sino como particulares*⁵.

2. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE SERVIDOR PÚBLICO

El delito de enriquecimiento ilícito de servidor público se encuentra consagrado en el artículo 412 del Código Penal, la dispone: “ El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve (9) a quince (15) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses”⁶.

En términos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se trata de un delito que se manifiesta en el incremento patrimonial del servidor público sin causa que lo justifique de acuerdo con la ley y la ética, y que, para configurarse como tal, exige el dolo. Tiene carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado. Esta última característica, excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales de la misma categoría —concurso aparente de tipos—. Ello quiere decir, que, si las pruebas aportadas al proceso permiten deducir con certeza que el incremento fue fruto, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por el peculado, o por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el enriquecimiento ilícito —lex primaria derogat legi subsidiariae—⁷.

En consecuencia, su estructura típica se caracteriza porque el sujeto activo es determinado por la calidad de servidor público y la relación del incremento patrimonial con el ejercicio de las funciones públicas derivadas. Así, la conducta con relevancia penal consiste en

el aumento patrimonial no justificado entre el periodo del ejercicio del cargo y cinco años más de la dejación de este, según el mandato del artículo 412 del Código penal. Esa diferencia surge de confrontar el patrimonio que poseía al momento de ejercer su labor y el que tenía al retirarse o durante los años siguientes a su desvinculación⁸.

En términos de la Corte Suprema de Justicia se indica *“el funcionario acreciente su patrimonio por vías que carezcan de justificación o explicación válida en la remuneración que como tal recibe o en actividades legales que le sean permitidas y no resulten incompatibles con la labor. Pero para que se configure el delito, no es necesario que efectivamente se haya ejecutado otro delito en razón del cual opera el incremento, sino que esa percepción económica devenga de una actividad que no encuentre explicación o se demuestre que si bien, no constituye delito por sí misma, representa extralimitación, abuso o violación de incompatibilidades o deberes (...)”*⁹.

En suma, los elementos de la conducta típica son: i) un sujeto activo cualificado que es un servidor público; ii) el incremento patrimonial del sujeto activo; iii) la ausencia de justificación del aumento patrimonial; iv) la exista un nexo de imputación existente entre el desempeño del cargo, el ejercicio de la función pública y el aumento del patrimonio del servidor del Estado; v) la naturaleza dolosa del comportamiento que precisa el conocimiento de la ilicitud y el elemento intencional de llevarlo a cabo y por último, que el hecho no constituya otro delito¹⁰.

3. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES

El artículo 327 del Código penal de Colombia señala lo siguiente: *“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 (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”*.

La Corte Constitucional ha indicado que el delito de enriquecimiento ilícito de particulares *guarda relación directa con los principios que dieron origen a la tipificación de la conducta punible de los servidores públicos*. Sin embargo, presenta algunas diferencias estructurales: En primer lugar, se trata de un tipo penal de sujeto activo indeterminado, es decir, el delito puede

ser cometido por cualquier persona sin características especiales; en segundo lugar, y como consecuencia de la calidad del sujeto, el tipo penal condiciona la punibilidad del enriquecimiento no solo a que éste sea injustificado, sino que además provenga de *“actividades delictivas”*; en tercer lugar, 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.

Demostrar el origen de un incremento patrimonial es una obligación general que el Estado puede hacer exigible en todo momento a cualquier persona natural o jurídica; es una consecuencia del principio constitucional de que toda persona debe vivir sometida a la Constitución y a la ley. En el caso de los particulares, cabe recordar que éstos deben demostrar al Estado anualmente sus ingresos y la procedencia de los mismos mediante la declaración de renta, no sólo para que el Estado, de conformidad con leyes preestablecidas, grave en alguna medida su patrimonio, sino además para ejercer control sobre su licitud. Un desproporcionado e injustificado incremento es precisamente lo que da lugar al ejercicio de la acción penal por enriquecimiento ilícito, debiendo el Estado establecer plenamente la responsabilidad del imputado o su inocencia¹¹.

Se trata de un delito ubicado en el capítulo que salvaguarda el orden económico y social. La norma prevé como sujeto activo indeterminado al individuo que se enriquezca ilícitamente y sujeto pasivo al Estado. Es un tipo penal que resulta pluriofensivo en aquellos supuestos en los que el origen delictivo de los recursos provenientes de actividades vinculadas con el crimen organizado, como por ejemplo el narcotráfico, con lo cual, se afecta de forma concurrente otros bienes jurídicos de especial entidad como la salud pública y la seguridad ciudadana, entre otros¹².

La conducta consiste en obtener incremento patrimonial no justificado derivado de actividades delictivas, misma que puede desarrollarse en forma directa o por interpuesta persona, al tiempo que el beneficio también puede serlo para el actor o para un tercero. Como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, la conducta se puede cometer en beneficio o favor propio, como por ejemplo, cuando el incremento patrimonial se manifiesta directamente en la esfera patrimonial del actor, pero también cuando se presenta en forma indirecta, esto es en aquellos supuestos en que se realiza a favor de un tercero; hipótesis en que los dineros provenientes de una acti-

vidad delictiva se transfieren o entregan o tienen por destinatarios personas que no han tomado parte en la comisión del delito¹³.

A su vez, ha subrayado la jurisprudencia de la Sala Penal que el delito contiene un ingrediente normativo consistente en que el incremento patrimonial debe tener origen en actividades delictivas. Lo anterior, indica que debe establecerse un nexo causal que no supone la existencia de una sentencia previa que haya declarado la existencia de la conducta criminal, sino que debe ser objeto de valoración en forma independiente por el juez en cada caso. En consecuencia, la descripción típica de puede concurrir con la afectación a otros bienes jurídicos de relevancia penal, por ende, la presencia concursal de otros delitos¹⁴,

Sobre esto último la jurisprudencia de la Sala Penal ha destacado que el enriquecimiento ilícito, en cualquiera de sus modalidades, *concurra necesariamente con el delito fuente, aun cuando este implique per se incrementó patrimonial como ocurre con el peculado y el cohecho, y aun cuando vulneren el mismo bien jurídico (orden económico y social) como ocurre con el lavado de activos. Es más, en relación con la especie delictiva propia de funcionarios, cuyo carácter subsidiario hace más difícil el concurso material o ideal, la Corte ha aceptado mayoritariamente esa opción siempre que exista prueba suficiente para condenar por el delito fuente*¹⁵.

4. BIBLIOGRAFÍA

- OSORIO CHACON, A. (2022), "Enriquecimiento ilícito de servidores públicos y de particulares", 2ª edición, ed. Ibáñez, Bogotá.
- VIDALES RODRIGUEZ, C. (2008), "El delito de enriquecimiento ilícito. su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada. especial referencia a la legislación penal colombiana", Universidad de la Florida, disponible en: <https://caj.fiu.edu/publications/monographs/monograph10.pdf>.
- Sentencia Corte Constitucional de Colombia C-319/96.
- Sentencia Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, SP011-2021 Radicación No. 58095, MP Gerson Chaverra.
- Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, febrero.11/1998, Rad. 11.507.
- Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Juzgamiento, SEP051-2023 (50698). MP. Blanca Nélida Barreto Ardila.
- Auto Corte Suprema de Justicia Sala de Casación de 24/07/2017 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (48.604).
- Auto Corte Suprema de Justicia Sala de Casación de 08/02/2017 MP Fernando Alberto Castro Caballero (31.901).

Auto Corte Suprema de Justicia Sala de Casación de 23/03/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (34282 A).

Notas:

- 1 Sentencia Corte Constitucional de Colombia C-319/96.
- 2 OSORIO CHACON, A. (2022), "Enriquecimiento ilícito de servidores públicos y de particulares", 2ª edición, ed. Ibáñez, Bogotá.
- 3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Auto 23/03/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (34282 A), donde se destacó que: "Por ese motivo no exige la determinación de un monto específico para deducir su comisión. La conducta se consume con la obtención para sí o para otro del aumento injustificado nacido en actividades delictivas, lo cual localiza el problema de la imputación no en la cantidad de la ampliación patrimonial sino en su procedencia ilegal. De no ser así, se llegaría al ilógico que de ser imposible precisar el incremento patrimonial, como usualmente ocurre, que por tratarse de actividades ocultas carecen de registro la conducta resultará atípica, como si el eje de la figura residiera en el aspecto cuantitativo y no en el cualitativo. En consecuencia, la Corte ha reiterado que su estructuración no reclama prueba de la cuantía exacta del aumento injusto del patrimonio, sino la demostración del enriquecimiento del agente derivado de la comisión de delitos." En ese sentido CSJ Cas. Penal Auto 08/11/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (37.395).
- 4 Sentencia Corte Constitucional de Colombia C-319/96.
- 5 Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, febrero.11/1998, Rad. 11.507.
- 6 Adicional a lo dispuesto en este artículo debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011, publicada en el Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011, el cual establece:
'ARTÍCULO 33. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. Los tipos penales de que tratan los artículos..., 412, ... de la Ley 599 de 2000 les será aumentada la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado.' Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 1474 de 2011, publicada en el Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011. Artículo modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, publicada en el Diario Oficial No. 45.602, de 7 de julio de 2004, el cual establece en su versión original: *'ARTÍCULO 14. Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2o. de la presente ley....'* El artículo 15, dispone: *'... La presente ley rige a partir del 1o. de enero de 2005.*
- 7 Sentencia Corte Constitucional de Colombia C-319/96.
- 8 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Auto 24/07/2017 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (48.604) se reconoce que se admite también el "dolo eventual" en la conducta de enriquecimiento ilícito de particular.
- 9 Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Juzgamiento, SEP051-2023 (50698). M. P. Blanca Nélida Barreto Ardila.

10 Para la Corte Constitucional de Colombia Sentencia en Sentencia C-319/96. En el caso del enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, debe el Estado demostrar que el enriquecimiento es real e injustificado, ocurrido por razón del cargo que desempeña. Así, una vez establecida la diferencia patrimonial real y su no justificación, opera el fenómeno de la adecuación típica que va a permitir el desarrollo del proceso en sus etapas sumarial y de juicio. Es entonces la falta de justificación el elemento determinante para dar origen a la investigación y, por tanto, la explicación que brinde el sindicado del delito no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a la defensa frente a las imputaciones que le haga el Estado en ejercicio de su función investigativa. No se trata pues de establecer una presunción de ilicitud sobre todo incremento, sino de presumir no justificado todo aquel incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable de tipo financiero, contable y, por su puesto, legal.

11 Sentencia Corte Constitucional de Colombia C-319/96.

12 Sentencia Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. SP011-2021 Radicación No. 58095, MP Gerson Chaverra.

13 Ídem.

14 Conforme lo ha destacado la Corte (Rad. 41800 de 2014 y Rad. 40889 de 2015, entre otros), siempre y cuando desde luego, esto no conlleve afectación del derecho al non bis in ídem, garantía supranacional y desarrollo constitucional (Art.29) y legal (Art.21 de la Ley 600 de 2000) que como se sabe propugna por preservar con carácter de prohibición, que una persona no sea juzgada dos veces por el mismo hecho, Así lo señaló en la Sentencia Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. SP011-2021 Radicación No. 58095, MP Gerson Chaverra.

15 La jurisprudencia de la Sala (CSJ, SP, sentencia del 16 de julio de 2014, rad. 41800 ha insistido en que el delito de enriquecimiento ilícito es autónomo y puede concurrir con un delito fuente, aun cuando este último implique incremento patrimonial, como en este caso sucede con el hurto; así mismo, ha establecido con suficiencia que cada una de estas conductas protege bienes jurídicos distintos, que el ilícito incremento patrimonial es una conducta pluriofensiva y que la fase del agotamiento de la conducta contra el patrimonio, esto es, la efectiva consecución del aprovechamiento querido por el agente, no hace parte del tipo penal y, por tanto, una vez más, puede concurrir con el delito contra el orden económico social, además porque no todo desapoderamiento lleva consigo un desajuste o riesgo para el orden económico. En todo caso, la deducción del enriquecimiento ilícito no tiene la virtud de juzgar como atípico -con fuerza de cosa juzgada material el comportamiento gracias al cual se produjo el incremento patrimonial (CSJ, SP, sentencia de segunda instancia del 22 de septiembre de 2010, rad. 32552).

COSTA RICA

Angie Arce Acuña

El delito de enriquecimiento ilícito surge cuando un funcionario público un aumento patrimonial o adquiere beneficios de diferente índole mientras ejerce el

cargo público. Se presume que la ganancia se genera irregularmente por el ejercicio de su cargo. Este tipo de delitos vienen a tutelarse y tipificarse como delitos en contra de la eficiencia de la Administración Pública, y pueden hacerse a través de actos, de acción u omisión que producen un perjuicio al Estado. Este perjuicio puede ser tanto material, manifestado en pérdidas económicas o de bienes, como inmaterial, reflejado en pérdida de confianza en el sistema político y en segregaciones de sectores sociales.

Estos delitos se catalogan como actos de corrupción, y entran en la categoría de delitos cuello blanco. De acuerdo a la Teoría general del Delito, estos delitos se pueden clasificar y tipificar de acuerdo a los distintos ordenamientos jurídicos de cada país. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2003 y ratificada por Costa Rica en el año 2007 constituye el elemento universal en lucha contra la corrupción vinculante para todos los Estados Parte del mismo. Este tratado viene a tipificar el delito de peculado en el artículo 17 bajo el título de ‘malversación o peculado’, descrito como una apropiación u otra desviación de bienes cometida por un funcionario público, de tal forma que se da un incremento significativo del patrimonio de un funcionario con respecto a sus ingresos legítimos que no pueden ser razonablemente justificados.

En el continente americano en general, pero específicamente en América Latina, se han dado una serie de escándalos políticos y de casos que han resonado donde los gobernantes y personas afines que ejercen cargos públicos han cometido esta clase de delitos resultando en un grave perjuicio para el erario así como para los ciudadanos. Este tipo de delitos tiene dos graves consecuencias, en primer lugar es que se genera un menoscabo a los fondos considerados de toda la comunidad, y como segundo punto provoca una desconfianza por parte de la población en las figuras políticas. En razón de lo anterior es que esta clase de delitos cobran mayor importancia en su nivel de tutela en tanto protege en general tanto la confianza como los aspectos económicos de cada país.

Costa Rica como tal ha procedido en concordancia con los tratados internacionales a tutelar esta clase de delitos en distintas normativas. Principalmente se tiene el Código Penal del año 1970 como principal documento en materia penal sustantiva, contenido bajo la ley N° 4573, con los siguientes artículos: 7 ‘*Delitos Internacionales*’, 353 ‘*Enriquecimiento Ilícito*’, 354 ‘*Negociaciones Incompatibles*’, 355 ‘*Concusión*’, 356 ‘*Exacción Ilegal*’, y 361 ‘*Peculado*’, 363 ‘*Malversación*’. Por otro lado, cuenta con leyes de variada índole regulando y

sancionando las acciones de los funcionarios públicos, como lo son la Ley General de Contratación Pública, ley N° 9986 del año 2021, estableciendo en sus numerales 124 a 127 aspectos como *naturaleza y tipos de sanción a funcionarios públicos, causales de sanción a funcionarios públicos y prescripción, criterios de valoración para la determinación de la sanción y procedimiento para imponer sanciones a funcionarios*, mientras que el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, ley N° 4755 del año 1971, establece la responsabilidad penal del funcionario público por acción u omisión culposa y dolosa en su artículo 98 y 98 bis. Estos cuerpos normativos no se limitan únicamente a su contenido, puesto que sufren reformas de acuerdo a las necesidades sociales, ejemplo de esto es la ley N° 10373 del año 2023 *‘Reformas a leyes en materia de anticorrupción para atender recomendaciones del grupo de trabajo sobre el soborno en las transacciones comerciales internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)’*.

Adicionalmente Costa Rica cuenta con una ley específica en la materia denominada *Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública*, ley N°8422 del año 2004, y establece como sus principales delitos las siguientes artículos: 45 *‘Enriquecimiento ilícito’*, 46 *‘Falsedad en la declaración jurada’*, 48 *‘Legislación o administración en provecho propio’*, 49 *‘Sobreprecio Irregular’*, 50 *‘Falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados’*, 51 *‘Pago irregular de contratos administrativos’*, 52 *‘Tráfico de influencias’*, 53 *‘Prohibiciones posteriores al servicio del cargo’*, 54 *‘Apropiación de bienes obsequiados al Estado’*, 55 *‘Soborno transnacional’*, 56 *‘Reconocimiento ilegal de beneficios laborales’*, 57 *‘Influencia en contra de la Hacienda Pública’* y 58 *‘Fraude de ley en la función administrativa’*.

I. NORMATIVA QUE REGULA EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN COSTA RICA

El Código Penal en su artículo 353 desde el año 1970 tutela el enriquecimiento ilícito, donde se establece una pena de prisión de seis meses a dos años al funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado *‘Aceptare una dádiva cualquiera o la promesa de una dádiva para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario, para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones; utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo o admitiere*

dádivas que le fueren presentadas u ofrecidas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo’. Dicho cuerpo normativo cuenta con otras figuras que sancionan a los funcionarios públicos, tales como las *negociaciones incompatibles*, numeral 354, que sanciona con prisión de uno a cuatro años al funcionario público o a quien en función de su cargo participe en una *‘negociación comercial internacional para obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero’*. También se regular el delito de *concusión* bajo el artículo 355, el cual sanciona de dos a ocho años al funcionario que abusando de su calidad y funciones *‘obligare o indujere a alguien a dar o prometer indebidamente, para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial’*.

También se incluyen como delitos sancionados el *peculado* en el artículo 361, con una pena máxima de doce años de prisión al funcionario público *‘que sustraiga o distraiga dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo’* y la *malversación*, numeral 363, con penas máximas de ocho años de prisión a los funcionarios públicos *‘que den a los caudales, bienes, servicios o fondos que administren, custodien o exploten por cualquier título o modalidad de gestión, una aplicación diferente de aquella a la que estén destinados’*.

La *Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública* es la que da la definición de que se entiende por enriquecimiento ilícito en su artículo 45, y que se otorga una pena máxima de 6 años de prisión, y tutela el aprovechamiento ilegal del ejercicio de la función pública, la custodia, la explotación y administración de fondos, servicios de bienes públicos con la finalidad que el funcionario público *‘acree su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecten el patrimonio de personas jurídicas en cuyo capital social tenga participación ya sea directa o por medio de otras personas’*. Esta ley en su artículo 48 regula la *legislación o administración en provecho propio*, la cual consiste en la promulgación, autorización, suscripción o participación con el voto del funcionario público en figuras como leyes, decretos, acuerdos, actos y contratos administrativos que otorguen un beneficio para sí mismo, para un familiar o una empresa, y en su artículo 49 se contempla el *sobreprecio irregular*, el cual se configura cuando se realicen pagos superiores o inferiores que generen una ventaja o beneficio en la adquisición, enajenación, la concesión, o el gravamen de bienes, obras o servicios en los que estén interesados el Estado o empresas públicas. Otro delito sanciona-

do consiste en la *Falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados*, contenido en el numeral 50 y con penas de hasta 8 años de prisión cuando exista una falsedad o manipulación de la información respecto a la ejecución o construcción de obra pública, o sobre la existencia, cantidad, calidad o naturaleza de los bienes y servicios contratados con el propósito de dar por recibido el servicio u obra.

El artículo 51 respecto al *Pago irregular de contratos administrativos* guarda estrecha relación con la Ley de General Contratación Pública, siendo que se establecen penas de prisión de uno a tres años cuando en temas de contratación cuando exista autorización, orden, consentimiento, aprobación o permiso de pagos por parte del funcionario público cuando sepa que la obra, servicio o suministro ejecutado o entregado se defectuoso. El numeral 52 es uno de los artículos mas reconocidos, y por el cual se han realizado sanciones concretas a funcionarios públicos, y es el *trafico de influencias*. Se refiere a una sanción de prisión de dos a cinco años cuando los funcionarios públicos influyan utilizando su cargo para que se *'haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones, de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro'*.

Otro de los delitos relacionados con la contratación administrativa consiste en las *Prohibiciones posteriores al servicio del cargo*. En este artículo 53 se le sanciona de cien a ciento cincuenta días multa cuando un funcionario público acepte empleo remunerado o participe en el capital social de una persona física o jurídica que haya sido beneficiada con una licitación pública donde el funcionario prestó servicios. Esto incluye haber participado en la adjudicación, estudios, formulación de recursos, inspección o fiscalización del bien o servicio. Ahora bien, el artículo 54 *'Apropiación de bienes obsequiados al Estado'* sancione con uno a dos años al funcionario público que se apropie o retenga obsequios o donaciones que deba entregar al Estado, resultando en un perjuicio directo al erario. Y en una línea similar al tráfico de influencias, el artículo 55 sanciona a una mayor escala el *soborno transnacional*, sancionando de cuatro a doce años cuando se den dádiva, ya sean en dinero, activo virtual, bien mueble o inmueble, valores, retribución o ventaja indebida a funcionarios públicos de otros Estados con la finalidad de que utilizando su cargo, realice, retarde u omita cualquier acto o, indebidamente, haga valer ante otro funcionario la influencia derivada de su cargo.

El legislador dentro de todas sus facultades ha tutelado de forma eficiente en la *Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública* tipos penales que vienen a proteger al Estado y a la función pública, como por ejemplo estableciendo como delitos el *Reconocimiento ilegal de beneficios laborales* en su artículo 56 sancionando con penas de tres meses a dos años al funcionario público que en representación de la Administración Pública y por cuenta de ella, otorgue o reconozca beneficios patrimoniales derivados de la relación de servicio. Así también ha sancionado en el artículo 57 la *Influencia contra la Hacienda Pública* cuando los funcionarios públicos en razón su de cargo lesionen los intereses patrimoniales de la Hacienda Pública o realicen maniobras o artificios buscando un resultado determinado. De igual manera se ha tipificado el *Fraude de ley en la función administrativa* con penas de prisión de uno a cinco años cuando un funcionario público persiga fines contrarios al ordenamiento jurídico al amparo de una norma jurídica, y que su persecución sea contraria a los fines públicos.

En el Código de Normas y Procedimiento Tributarios a partir del artículo 98 vienen una serie de normas que tutelan y buscan impedir el enriquecimiento ilícito en Costa Rica. En estos artículos se sanciona con penas de hasta diez años y con inhabilitación de hasta quince años a la responsabilidad penal del funcionario pública por acción u omisión dolosa donde se ayude a eludir investigaciones de la autoridad sobre el incumplimiento o la evasión de las obligaciones tributarias, a substraerse de la acción de estas, u omita denunciar el hecho cuando esté obligado a hacerlo. También se tutela la misma responsabilidad penal pero en los casos de acciones u omisiones culposas con penas de uno a tres años de prisión e inhabilitaciones de diez a veinte años al funcionario público que por imprudencia, negligencia o descuido inexcusable en el ejercicio de sus funciones, posibilite o favorezca en cualquier forma, el incumplimiento de las obligaciones tributarias, o entorpezca las investigaciones en torno a dicho incumplimiento.

Sobre los funcionarios públicos puede recaer también sanciones de naturaleza administrativa y civil de acuerdo a Ley General de Contratación Pública, lo anterior a partir del artículo 124 donde se establecen sanciones que abarcan apercibimientos escritos, suspensiones sin goce de salario o estipendio hasta por tres meses y despidos sin responsabilidad patronal o cancelación de credenciales sin responsabilidad para el Estado. Las causales para dicha responsabilidad de ubican en el artículo siguiente, y cuentan con una ex-

tensa lista de acciones u omisiones en las cuales puede incurrir el funcionario público, para un total de 23 motivos, abarcando así una amplia protección en materia de contratación.

Dichas sanciones no se imponen de forma arbitraria, siendo que el legislador estableció en el número 126 una serie de criterios a fin de imponer un castigo civil o administrativo, tales como el impacto negativo en el servicio público que se brinde por parte de la Administración Pública, el rango y funciones del servidor público, la reiteración de la conducta sancionada u otra causal, la necesidad de satisfacer el interés público en circunstancias muy calificadas de urgencia y si la medida se toma en procura de evitar una mayor afectación a los intereses de la Administración Pública. Estas sanciones y criterios deben realizarse en total apego a las disposiciones del régimen personal cada órgano o ente disponga, esto siguiendo la literalidad del artículo 127.

II. MÉTODOS PARA ENFRENTAR EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN COSTA RICA

Además de los artículos de las sanciones penales, civiles, administrativas e inhabilitaciones, existe métodos que son formas preventivas para evitar que se de el enriquecimiento ilícito y desincentivar a los funcionarios públicos a que cometan este tipo de delitos. Por ejemplo, existe un Régimen de Prohibición del artículo 14 al 20 de la *Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública*, donde se busca una prohibición del ejercicio liberal de la profesión a determinados funcionarios donde se otorga un pago adicional como compensación y así prevenir posibles choques de intereses. También existen incompatibilidades taxativas a determinados cargos, como ejercer en juntas directivas, representar o apoderar empresas privadas, participar en capital accionario de forma personal o por medio de una persona jurídica cuando tales empresas presten servicios a instituciones o a empresas públicas que, por la naturaleza de su actividad comercial, compitan con ella.

De igual manera, en nuestro país, el artículo 21 al 36 de la ley citada anteriormente regula la materia respecto a las Declaraciones Juradas sobre la situación patrimonial, donde todo funcionario debe presentar cada año una constancia de su situación económica. Dicho método resulta ser la herramienta con la cual el Estado para determinar cuales son los bienes que ha adquirido un funcionario público, resultando así en alertas de posibles enriquecimientos ilícitos. Esta declaración jurada rendida ante la Contraloría General de la República

busca que todos los bienes que se obtengan año a año por parte de los funcionarios públicos sean adquiridos conforme a derecho, procurando que la comisión de los delitos de enriquecimiento ilícito sea prevenida y que no sean fácilmente permisivas, generando más bien una promoción positiva en la conducta del funcionario.

ESPAÑA

Prof^a Dra. Elena Nuñez Castaño

Universidad de Sevilla

I. ALGUNAS PRECISIONES PREVIAS SOBRE LA CRIMINALIZACIÓN DEL “ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO”

La LO 14/2022, de 22 de diciembre introduce una novedosa figura delictiva en nuestro ordenamiento jurídico de forma silenciosa, esto es, sin darle prácticamente publicidad alguna, y ello a pesar de que se trata de un tipo penal que ha generado a lo largo de los años importantes controversias respecto a su regulación. De hecho, puede fácilmente constatar que la sanción del denominado enriquecimiento ilícito ha tenido un elevado grado de aceptación en países de América latina, pero en la Unión Europea mayoritariamente se rechazaba su tipificación en esencia por problemas derivados directamente de la colisión con la presunción de inocencia¹; de hecho, sólo algunos países de la UE recogen de forma variada esta figura específica². El punto de inflexión en este sentido, ha venido marcado por la regulación que se ha llevado a cabo en la legislación portuguesa en la que, tras dos declaraciones de inconstitucionalidad de distintas regulaciones de este delito, ha optado por configurarlo como un delito de desobediencia³, queriendo entender que de este modo se eludía la incompatibilidad con la Constitución y la vulneración de la presunción de inocencia. Este es el camino, como se expondrá, que ha seguido el legislador español tras la reforma de la LO 14/2022.

En realidad, toda esta problemática parte, desde hace ya dos décadas de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) acordada por la Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, mediante la que se *insta* a los Estados miembros a tomar en consideración el hecho de penalizar la conducta de enriquecimiento ilícito como medida para hacer frente a la corrupción⁴. Dos aspectos abso-

lutamente relevantes pueden ponerse de relieve en este punto y que, en mi opinión, no pueden perderse de vista en ningún momento a la hora de una regulación típica de estos comportamientos: en primer lugar, como establece la propia Convención, se concibe como un instrumento de lucha contra la *corrupción*, y este aspecto no resulta en absoluto neutro, porque si la razón básica de la Recomendación radica en la lucha contra la *corrupción*, en mi opinión, la ilicitud de los bienes que posea el sujeto debe derivarse exclusivamente de acciones que guarden relación con la misma⁵, y si convertimos la *corrupción* e ilicitud del origen de los bienes en el eje sustantivo de este delito en realidad lo que estamos sancionando es un delito de sospecha de que los bienes proceden de actividades ilícitas o delictivas que se convertiría en el presupuesto previo de la tipificación del mismo. Y, en segundo lugar, que la Convención no impone una obligación de regulación, sino que insta a los Estados a que tomen en consideración la posibilidad de incorporar la figura en cuestión a sus ordenamientos jurídicos *siempre y cuando ello sea compatible con su Constitución y los principios fundamentales* que inspiran su ordenamiento jurídico, cosa que, obviamente, no ocurre como se expondrá en el caso de la figura delictiva incorporada por la LO 14/2022, que provocará, en mi opinión, graves problemas de constitucionalidad, que ha llevado a la mayoría de los países de la UE a rechazar su incorporación como delito, y a otros, como es el caso de Portugal, tras dos declaraciones de inconstitucionalidad, a otorgarle una forma diversa que, en el fondo, no es sino sancionar la posesión de un patrimonio cuyo origen se presume ilícito pero que conlleva claros problemas probatorios respecto de la existencia de un delito antecedente del cual puedan derivarse⁶. Junto a ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestro país se han opuesto tradicionalmente al mismo por implicar importantes problemas de constitucionalidad⁷ en tanto que se establecía una presunción contraria esencialmente al derecho de presunción de inocencia⁸.

Esta clara oposición mayoritaria a la incorporación de una figura delictiva cuya constitucionalidad era muy cuestionable, determinó al legislador español a, al menos de manera aparente, variar el eje de la regulación típica, y configurarlo como un delito de desobediencia, considerando que, con ello, se eludirían los problemas de compatibilidad constitucional que se alegaban hasta ese momento. De manera que la LO 14/2022, introduce el delito de enriquecimiento ilícito o injustificado⁹, en el art. 438 *bis* CP, en el Capítulo VIII, del Título XIX entre los Delitos contra la Administración Pública, sancionando a la autoridad que en determinadas cir-

cunstancias, *se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación*. De este modo el núcleo no lo constituye el origen lícito o ilícito de los bienes que determinan el enriquecimiento, sino la negativa a aportar información sobre el mismo y a justificarlo, es decir, se configura como un delito de desobediencia, en un intento de salvar la vulneración de la presunción de inocencia que conllevaría presumir que el incremento patrimonial tiene causa en bienes de origen ilícito. Esta sanción de quien no da razón ni justificación de la procedencia de su patrimonio podría colisionar con otro derecho fundamental, como es el derecho de defensa y sus manifestaciones instrumentales del derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse.

La recomendación de la sanción de los casos en los que en determinados sujetos (concretamente las autoridades) ostenten un incremento de su patrimonio que no se corresponde con su nivel de ingresos legítimos, encuentra su principal fundamento en dos pivotes: la lucha contra la *corrupción* y la dificultad de poder probar el origen ilícito del enriquecimiento del sujeto, generalmente la existencia de un delito previo del cual se deriven esas ganancias ilícitas. Por ello, considero que, a pesar de su estructura como delito de desobediencia, sin embargo, lo que subyace es la “presunción” de que el incremento del patrimonio, aunque no se diga expresamente, tiene un origen ilícito y por ello se crea la posibilidad de sancionar vía desobediencia lo que no se ha podido probar vía *corrupción*, por ejemplo.

Uno de los problemas que se deriva de esta configuración del delito es el relativo a su *nomen iuris*. Señala el apartado VII del Preámbulo de la LO 14/2022, de 22 de diciembre que “*la presente reforma introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico español el delito de **enriquecimiento ilícito***” (la negrita es mía). De este modo, el legislador español sigue optando por la denominación de enriquecimiento ilícito de manera que lo que parece sancionar el nuevo precepto es un incremento de patrimonio de origen ilícito y, como se ha expuesto, ello ya no es posible. No es posible porque la presunción de ilicitud del incremento patrimonial ha sido declarada contraria a nuestra Constitución en diversas ocasiones, y tampoco es así porque el precepto no sanciona un mero enriquecimiento, ilícito o no ilícito, sino una conducta diversa que se configura como delito de desobediencia cual es que, constatado un incremento de patrimonio, no se dé razón de la procedencia o justificación del mismo ante los requerimientos de los órganos competentes.

Así, el núcleo ya no es el carácter de ilícito o no del incremento patrimonial que de hecho, de la dicción literal del precepto podría tener perfectamente un origen lícito (una herencia o un premio de lotería) pero que el sujeto no quiere, por las razones que sea, declarar; el elemento central lo constituye, en principio, la infracción de una obligación, la de transparencia, de manera que la negativa reiterada a dar una justificación de la procedencia es lo que conllevará la sanción penal¹⁰. En consecuencia, si la procedencia ilícita o no de los bienes pierde relevancia penal en relación con esta nueva figura delictiva, y la adquiere la falta de justificación de la misma estructurándolo como un delito de infracción del deber y de desobediencia, difícilmente podría hablarse de “enriquecimiento ilícito” por cuanto lo ilícito o no del incremento ya no tiene trascendencia (o al menos eso pudiera parecer), sino “enriquecimiento injustificado” por cuanto lo que se pena es la falta de justificación del origen de los bienes cuando así se requiera¹¹; y ello nos avoca a aceptar que no estamos ante la sanción de un incremento patrimonial que se presume que procede de delitos previos (o al menos eso parece derivarse de la regulación penal en principio), sino del castigo del incumplimiento de un deber por parte del sujeto obligado. Así, lo que se castiga no es otra cosa que el *enriquecimiento injustificado*, sea cual sea el origen del incremento patrimonial¹².

II. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO Y LA NATURALEZA DEL DELITO

La doctrina que aboga por la legitimidad del tipo penal introducido en el nuevo art. 438 *bis* CP se fundamenta esencialmente en la idea de la existencia de una *obligación legal* del sujeto activo de declarar los incrementos de su patrimonio, y en la *infracción de dicho deber* que se deriva de la conducta sancionada en el precepto, esto es, la negativa reiterada a justificar la procedencia de los bienes. Sobre esta base es, precisamente, por lo que se configura como un delito de desobediencia entendiéndose que desatender a los requerimientos realizados en relación con personas especialmente obligadas constituiría la base necesaria para poder afirmar la legitimidad de la conducta.

Afirma OLAIZOLA NOGALES¹³ que la configuración del nuevo delito contenido en el art. 438 *bis* como un delito de desobediencia había sido reclamada por parte de la doctrina por entender que respetaba en mayor grado los parámetros de un sistema garantista al no derivarse la sanción de una presunción previa sino de una clara infracción de un concreto deber que afecta a

los servidores públicos por el hecho de serlo¹⁴. La cuestión radicaría ahora en determinar como indica QUINTERO OLIVARES¹⁵ que tipo de deber u obligación es a la que se hace referencia, es decir, si se trata de “*un deber general y previo (deber de dar explicación de cualquier incremento patrimonial durante el periodo de tiempo señalado en el tipo) o bien, como ha decidido el legislador, un deber derivado del requerimiento previo por parte de los organismos administrativos o judiciales competentes para la comprobación de dicho patrimonio*”. Es decir, sostiene, de acuerdo con la regulación legal, que el deber que se infringe para configurar el delito surge con el requerimiento y la negativa a dar explicaciones lo que lo configura como una modalidad de desobediencia.

Quisiera realizar algunas consideraciones y dudas que se me plantean en este punto. Resulta evidente que el punto de partida de este deber se encuentra en la Ley 3/2015, de 30 de marzo reguladora del ejercicio del alto cargo en la Administración General del Estado y en las correspondientes Leyes autonómicas, que avala esencialmente el deber de transparencia que es debido a los altos funcionarios públicos¹⁶. Ahora bien, lo que establece la mencionada ley, que tiene naturaleza administrativa, es la obligación de los altos cargos de realizar una declaración veraz, positiva y fehaciente de los bienes que poseen y del patrimonio o las variaciones del mismo, configura como infracción muy grave la declaración realizada mediante la presentación de datos o documentos falsos, y como infracción grave la no declaración de actividades, bienes y derechos patrimoniales, tras el apercibimiento para ello, o la omisión deliberada de datos y documentos que deban ser presentados.

Ello nos lleva a dos posibilidades, o bien el deber que se infringe respecto del delito del art. 438 *bis* CP es el deber genérico señalado en la mencionada Ley 3/2015, o bien se trata de un deber específico derivado del requerimiento previo al que hace referencia expresa el tipo penal. En el primer caso, si no se añade ningún plus de desvalor diferente a lo establecido por la normativa administrativa, nos encontraríamos ante una infracción meramente formal que determina una total coincidencia entre la norma administrativa y la norma penal, y ello tendrá una clara incidencia no sólo a la hora de identificar el concreto bien jurídico que se protege, sino en orden a su legitimidad desde la perspectiva del principio de intervención mínima en tanto que el conflicto social puede tener solución por una vía diversa a la del Derecho penal.

Otra posible solución sería la de considerarlo un deber específico que surge concretamente al hilo del propio precepto penal, esto es, es la exigencia de que exista un requerimiento previo de los organismos competentes lo que convierte el comportamiento del sujeto activo en delictivo en tanto que infringe el deber específico de transparencia que ha surgido en ese momento. La cuestión en este punto sería que, de no existir requerimiento, por mucho que el Alto Cargo no declare sus bienes en ningún caso estaríamos ante el delito de enriquecimiento injustificado. Y ello avala el hecho que se ha mencionado con anterioridad de que aunque la motivación expresada en el Preámbulo de la ley sea la lucha contra la corrupción, la redacción del tipo penal no contribuye a ello por cuanto no todos los casos podrían considerarse delito, es decir, no estaríamos ante el enriquecimiento ilícito del que se habla, sino ante la sanción de la falta de justificación del incremento patrimonial.

Esta construcción que se ha planteado conduce, en mi opinión, a dos cuestiones: en primer lugar, que por mucho que se intente en el Preámbulo de la LO 14/2022 vincular la inclusión de este delito con la lucha contra la corrupción, ello no es lo que se deriva del concreto precepto, porque lo que se está sancionando exclusivamente, sin ningún otro elemento añadido, es el mismo comportamiento que se contiene en la normativa administrativa, es decir, no dar justificación del incremento patrimonial teniendo obligación de hacerlo y siendo requerido para ello. Pero si ello es así, la solución ya estaba dada por la correspondiente infracción administrativa, y si ello no es así, y pretende protegerse el principio de autoridad, cabría, en mi opinión, aplicar el genérico delito de desobediencia contenido en el art. 410 CP (o bien recurrir a otras posibles figuras delictivas que se han ido mencionando a lo largo de este trabajo. Ello nos lleva a la segunda de las cuestiones que se plantean en relación con la configuración del nuevo delito cual es la identificación del bien jurídico que se protege en relación con este precepto.

La doctrina, ha manejado diversas opciones en relación a cual pudiera ser el objeto de tutela en este concreto tipo penal. Un sector doctrinal sostenía que debía ser la imperiosa necesidad de luchar contra la corrupción¹⁷ que se manifestaba en una situación de emergencia que requería una clara intervención estatal para evitar esta situación. En mi opinión, la corrupción e incluso la situación de emergencia (caso de que así fuese) podría constituir el motivo de la reforma legislativa, pero en modo alguno el bien jurídico que se tutela.

Sería la *ratio criminis* de la criminalización, pero no el objeto, interés o bien que pretende protegerse¹⁸.

Otro sector de la doctrina, sobre la base de la ubicación sistemática del precepto entre los delitos contra la Administración Pública, considera que el objeto que se está tutelando con esta figura delictiva sería la confianza de los ciudadanos¹⁹ o el deber de probidad del funcionario²⁰ (al final las dos caras de la misma moneda). Pero considero que ni la confianza de los ciudadanos, ni el deber de probidad del funcionario en realidad constituyen un bien jurídico, sino que se configuran como premisas o condiciones necesarias para el que realmente constituye el bien jurídico de los delitos contra la Administración Pública, y por razones sistemáticas también debiera serlo del delito de enriquecimiento injustificado (cuestión diversa es si la conducta sancionada tiene o no potencialidad lesiva respecto del mismo), esto es, el correcto funcionamiento de la Administración Pública²¹. El hecho de que una conducta haga disminuir la confianza de los ciudadanos o que represente una falta de probidad por parte de un funcionario o autoridad concreto no determina que se afecte en mayor o menor grado al funcionamiento de la Administración Pública, sino que la aficción de ese correcto funcionamiento viene determinada por ésta y otras variables diversas.

Ante esta situación el sector mayoritario²² de la doctrina considera que el bien jurídico que se protegería en estos supuestos es la *transparencia* en la Administración Pública y que, la conducta que se regula en el art. 438 *bis* CP, supone un quebrantamiento de este deber de transparencia. Ciertamente, la normativa administrativa establece el deber que tienen determinados cargos público de declarar su patrimonio y que, caso de no hacerlo, se estaría vulnerando la transparencia exigible a los mismos a fin de constatar un correcto funcionamiento de la función pública²³. De este modo, se constituiría como un deber específico que afectaría a determinados sujetos pero que, en modo alguno se configuraría como bien jurídico, sino como medio para garantizar el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública, esto es, el correcto funcionamiento de la misma²⁴. Y ello implicará que se convierta en delito el mero quebrantamiento formal de un deber (el de transparencia) sin ningún plus de desvalor que lo distinga de la infracción administrativa establecida en la Ley 3/2015 que podría dar perfecta respuesta al conflicto.

En mi opinión, el hecho de que el nuevo delito contenido en el art. 438 *bis* CP se encuentre ubicado sistemáticamente entre los delitos contra la Administración

Pública, implica la necesidad de identificar el bien jurídico con el mismo objeto de tutela que estos protegen, es decir, el correcto funcionamiento de la Administración Pública, pero el problema surge en determinar si la conducta expresamente regulada en el precepto tiene o no capacidad ofensiva de afectación de ese bien jurídico. Considero que la respuesta es obvia: el hecho de que un sujeto incremente su patrimonio, incluso aunque sea un servidor público no atenta en absoluto al correcto funcionamiento de la Administración, ni tampoco atenta contra ese correcto funcionamiento el que no declare ese incremento patrimonial que, dependiendo de los casos, al margen de la infracción administrativa podría ser sancionado como infracción o delito fiscal, como delito de desobediencia genérico del art. 410 CP o, lo más adecuado, una infracción administrativa prevista en la Ley 3/2015.

Cuestión distinta es que los bienes tengan un origen ilícito, es decir, procedan de un delito previo. En aquellos casos en que ese delito previo fuera un delito contra la Administración Pública, por ej. cohecho, malversación, tráfico de influencias, etc., si se vería afectado el correcto funcionamiento de la Administración Pública, pero no por el enriquecimiento indebido, ni por su falta de justificación que seguirían siendo infracciones meramente formales, sino por el propio delito previo. Ello implicaría que mediante el delito de enriquecimiento se pretendiera sancionar los delitos cometidos anteriormente pero que no han podido ser probados (es decir, avalaría la tesis de que la introducción de este precepto es ofrecer una vía alternativa para sancionar conductas que no logran acreditarse, presumiéndose que son ilícitas, es decir, un delito de sospecha). Desde esta perspectiva, en realidad, el delito de enriquecimiento tendría un bien jurídico indeterminado que dependería de cuál fuera el delito previo del que procedieran los bienes²⁵. Y, además, constituiría una interpretación cuestionable porque el hecho de que exista una dificultad probatoria de algunos delitos, en este caso el delito del cual en principio procederían los bienes, no puede en modo alguno justificar el hecho de introducir una vía más expedita y fácil de probar, entre otras cosas porque solo habría que probar el incremento del patrimonio y la existencia de una falta de justificación; en un Derecho Penal de un Estado de Derecho, los delitos deben acreditarse y no resulta legítimo realizar presunciones que el acusado deba desvirtuar²⁶, y, porque, conminar con una amenaza penal al sujeto a colaborar con su incriminación, implicaría la lesión del derecho a no declarar contra uno mismo.

Sobre la base de todo lo expuesto hasta el momento, la única opción posible es compartir el planteamiento sostenida por OLAIZOLA OGALES²⁷ de que “*el tipo penal del art. 438 bis CP no protege un bien jurídico específico y merecedor de protección penal*”.

III. ELEMENTOS DEL DELITO

1. Conducta típica

Sostiene GONZÁLEZ CUSSAC²⁸ que la formulación típica del delito de enriquecimiento injustificado se sostiene en un triple presupuesto: a) la existencia de un incremento patrimonial del sujeto activo que no se corresponde con sus ingresos y que no ha sido debidamente justificado, b) que en relación con determinados servidores públicos existe un deber legal de comunicar cualquier variación patrimonial importante, y c) que existe un requerimiento formal por parte de las autoridades competentes a fin de que ese incremento patrimonial se justifique. Ello implica la necesidad de analizar cada uno de estos aspectos y la problemática que los mismos pueden representar.

En definitiva, atendiendo a la estructura del tipo penal son varios los comportamientos que constituyen esta conducta típica: el incremento patrimonial desproporcionado, el requerimiento por parte de los órganos competentes de su justificación y la negativa abierta a realizarlo por parte del sujeto activo.

El requisito previo para la constatación de la presencia de este nuevo delito de enriquecimiento injustificado viene configurado por un límite cuantitativo expreso: 250.000 euros, que deberá acreditarse para poder afirmar la concurrencia del delito²⁹. Este límite señalado en el art. 438 bis CP, de modo similar a otros límites cuantitativos que se incluyen en el Código penal, no son acontecimientos desvinculados de la conducta del autor, sino que se trata de actos propios, realizados por el autor, conocidos (aunque sea de manera aproximada por el mismo) y que forman parte del propio injusto. Constituyen, por tanto, *elementos del tipo*³⁰, y en consecuencia deben ser conocidos por el autor y abarcados por el dolo del mismo aunque ello no implica que deba ser conocido con exactitud por el sujeto, resultando suficiente con que se acredite la presencia de dolo eventual en el comportamiento típico³¹. Este mismo planteamiento debe sostenerse, en mi opinión, en relación con el delito de enriquecimiento injustificado, es decir, la cuantía de 250.000 euros se trata de un *elemento del tipo*, y en cuanto tal, debe ser abarcado por el dolo (al menos eventual) del autor de los hechos³²; es decir, el

incremento superior a la cantidad señala es un elemento que la norma penal exige y que define la acción.

Por último, es preciso señalar que quedan incluidos tanto supuestos en los que se realizan ingresos que aumenten en los límites establecidos el activo del patrimonio del sujeto, como aquellos otros casos en los que, mediante cancelación o condonación de deudas, se disminuya el pasivo del mismo, porque en ambos casos se puede verificar el incremento del patrimonio del autor, bien por un aumento del activo patrimonial, bien por una disminución del pasivo. Y eso es lo que expresamente se recoge en el tipo penal al señalar que se sanciona a quien hubiera obtenido *un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas*³³.

El presupuesto típico que desencadena la secuencia de la tipicidad del delito viene constituido por la exigencia de que el sujeto activo haya sido requerido para que justifique el origen de los mismos por parte de los órganos competentes. Son dos, pues, los aspectos que es preciso analizar respecto de este segundo elemento típico del delito: el requerimiento y su forma, y quiénes son los órganos competentes.

El *requerimiento*, este debe consistir en una solicitud de información que sea clara en los aspectos respecto de los que se solicita esa información y fehaciente en su notificación. A estos efectos será adecuado el requerimiento realizado por cualquiera de las formas admitidas por la normativa administrativa o procesal³⁴ siempre que se constate de manera fehaciente tanto su contenido y las peticiones expresas de información, como su notificación al sujeto activo. En relación con este elemento, el precepto emplea el plural al hacer referencia a *“los requerimientos”*, sin embargo, en mi opinión, nada impide interpretar que sería suficiente con un único requerimiento que cumpla los requisitos formales y de contenido y que se haya comunicado adecuadamente a su destinatario. Es decir, considero que no es necesaria la reiteración de peticiones de información para que se cumpla con la exigencia de este elemento.

Más problemática resulta la identificación del segundo de los aspectos que componen este presupuesto típico, esto es, quiénes son los *órganos competentes*. El texto legal no ofrece a este respecto ninguna indicación ni aclaración en relación a quienes deben ser los que realicen la petición de información. La única luz al respecto aparece en el Preámbulo de la LO 14/2022, que en su Apartado VII señala que *“debe existir un requerimiento previo por parte de los organismos administrativos o judiciales competentes para la comprobación de dicho patrimonio”*, de manera que aporta una es-

pecie de limitación al señalar que deben tener la competencia de comprobar el patrimonio de los servidores públicos, aunque no aclare cuáles serían en concreto. Ello determina que tendrá que ser la normativa sectorial, esto es, la normativa administrativa la que determine quienes en concreto tendrán esa competencia, y ello lo configura como una *norma penal en blanco*³⁵ aportando un nuevo aspecto cuestionable a la ya muy cuestionable regulación típica. Así, considero que los órganos competentes a los que se refiere el art. 438 *bis* CP son aquellos que tienen competencias específicas legal o reglamentariamente previstas, pero ello no obstaría tampoco a que aquellos órganos que ostentan una competencia genérica, con las salvedades y críticas que se han expuesto, puedan ser considerados igualmente órganos competentes³⁶ y, por ello, en lo que a este aspecto se refiere, el precepto penal se configura como una norma penal en blanco que quedará a expensas de la normativa administrativa o procesal en cada supuesto concreto. Normativa que puede ser de lo más variada, esto es, desde la que establece la competencia de la Agencia Tributaria como órgano competente fiscalizador, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración general del Estado³⁷, que hace recaer el control y fiscalización del patrimonio de estos sujetos en la Oficina de Conflictos de Intereses (OCI), adscrita al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que se considerará uno de los órganos competentes a los que se refiere el art. 438 *bis* CP³⁸, y otras muchas leyes de carácter estatal y autonómico³⁹.

El concreto comportamiento típico que da lugar a la producción del delito (recordemos que no se sanciona ni el incremento patrimonial, ni la ausencia de declaración y justificación del mismo) es *negarse abiertamente a responder al requerimiento* que se le ha realizado.

A este respecto, un amplio sector doctrinal y la jurisprudencia del Tribunal Supremo se han pronunciado entendiendo que la referencia a la negativa abierta no debe identificarse de manera necesaria con la exigencia de que esta sea un acto positivo, y expreso, sino que también puede considerarse que existe esa misma negativa cuando el sujeto se limita a una *evidente pasividad*, no responde o hace caso omiso de los requerimientos, de manera que resulte evidente *su actitud desobediente* o de ignorar la petición realizada⁴⁰.

A ello, es preciso añadir que tal como se establece en el Preámbulo de la LO 14/2022, en su Apartado VII, también se incluyen los supuestos de *una explicación manifiestamente falsa*, es decir, quien mienta, invente, finja la legitimidad patrimonial, entorpezca o impida

la fiscalización del patrimonio mediante toda clase de argucias⁴¹. En esencia, el elemento identificador viene dado no tanto por la negativa, sino por el hecho de que esta sea *abierta* es decir incuestionable, clara e indudable de manera que se manifieste como actuar de “*forma incontrovertiblemente rebelde*”⁴².

En definitiva, la forma de llevar a cabo esa negativa admite cualquier tipo de modalidad, siendo lo relevante que la misma sea claramente incuestionable y ponga de manifiesto sin ningún género de dudas que el autor no va a cumplir en ningún caso el requerimiento que se le ha efectuado.

2. Sujeto activo del delito de enriquecimiento injustificado: la autoridad

El legislador de 2022 ha optado por configurar el delito previsto en el art. 438 *bis* CP como un delito especial propio, es decir, se limita el círculo de sujetos activos del delito respecto de sujetos que reúnen determinadas características y además no guarda correspondencia con ningún delito común⁴³. Y ello no resulta extraño al haberse ubicado sistemáticamente entre los delitos contra la Administración Pública que son, en esencia delitos especiales. Lo que si resulta sorprendente, y no encuentra base alguna en nuestro ordenamiento jurídico, ni en el Derecho comparado, ni en la normativa internacional, es la restricción que se realiza dentro de ese círculo de sujetos pasivos limitándolo a la *autoridad pública* y dejando al margen a quienes si constituyen sujetos activos de todos los restantes delitos contenidos en el Título XIX, es decir, a los funcionarios públicos. Si lo que se pretende proteger es el deber de transparencia como medio para garantizar el correcto funcionamiento de la Administración Pública o el deber de probidad, tal como alegan los defensores de la tipificación de este concreto comportamiento, resulta sorprendente la exclusión de quienes, por ley, ejercen función pública y, en consecuencia, de manera innegable pueden afectar a ese concreto funcionamiento. Pero más curioso resulta el hecho de que, si en realidad como se ha expuesto, la *ratio criminis* que fundamenta la inclusión de este nuevo tipo penal radica en la lucha contra la corrupción de manera que el enriquecimiento injustificado conlleva, aunque no de manera expresa, la existencia de unos delitos previos que responden a ese fenómeno, sin embargo queden al margen de la sanción por enriquecimiento injustificado quienes pueden ser los principales autores de estos delitos previos (cohecho, malversación, tráfico de influencias, etc.) como son los funcionarios públicos.

El concepto de autoridad viene contenido en el art. 24.1 CP que la define como como aquella persona que *por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia*, señalando que tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de la Comunidades Autónomas y del Parlamento europeo, así como los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía Europea. La descripción realizada por el precepto determina que no se trate de un catálogo cerrado de los distintos sujetos que pueden ser considerados como autoridad, sino que se enumeran de forma ejemplificativa, siendo lo relevante que “tenga mando o ejerza jurisdicción propia”. Son dos pues los aspectos a delimitar en relación con este elemento: el contenido de la expresión “tener mando” y el de “ejercer jurisdicción”.

Por “tener mando”, la doctrina mayoritaria ha entendido la potestad de reclamar obediencia, pero que no conlleva automáticamente la existencia de coerción o poder coactivo físico, sino una coerción jurídica que se configura como un efecto de la posible desobediencia o incumplimiento del mandato de la autoridad, esto es, la capacidad de determinar las conductas ajenas⁴⁴.

En relación con “ejercer jurisdicción propia”, la doctrina mayoritaria se inclina, acertadamente, por considerar que la expresión ejercer jurisdicción propia debe interpretarse como la potestad de resolver asuntos de cualquier índole que sean sometidos a la consideración del funcionario que implique la aplicación del Derecho objetivo⁴⁵. Distinta es la situación en el ámbito administrativo, ya que en el caso de que el sujeto ostente como propia, esto es, directamente adjudicada, la capacidad de resolver asuntos administrativos del tipo que sea, podrá calificarse como autoridad a efectos penales. No ocurre lo mismo en el supuesto de que la competencia de ejercer jurisdicción o resolver le venga dada por delegación, por cuanto ya no estaría ejerciendo jurisdicción propia, sino mediante una autorización condicionada no sólo en relación con su contenido, sino también temporalmente, cuya característica principal es que puede revocarse y no reuniría los requisitos para considerarla autoridad a efectos penales⁴⁶.

Junto a estas condiciones de tener mando o ejercer jurisdicción propia, el art. 24.1 CP incluye expresamente en el concepto de autoridad a determinados sujetos como los Parlamentarios (de las Cortes Generales, de las Asambleas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo) y a los miembros del Ministerio Fiscal. Sujetos que, en un importante número de casos

no reúnen la condición de autoridad pública de acuerdo con el art. 24.1 CP, pero que por imperativo legal son equiparados⁴⁷.

Un último problema puede señalarse en este punto, y es que la referencia a la autoridad como sujeto activo del tipo penal nos remite necesariamente a lo establecido por el art. 24.1 CP, pero esta remisión implica una distorsión en relación con aquellos sujetos que, como se indicó, podrían estar obligados por el deber de declarar su patrimonio y el deber de transparencia. No puede olvidarse que, esencialmente la Ley 3/2015, así como el resto de normativa estatal y autonómica hace referencia a los Altos Cargos como sujetos especialmente obligados, pero ello no coincide con quienes son considerados como autoridad a efectos penales; así por ejemplo los Jueces y los Fiscales ostentan la condición de autoridad a efectos penales ex art. 24.1 CP, pero, sin embargo no se incluyen entre los Altos cargos mencionados en la Ley 3/2015, de 30 de marzo. Y, junto a ello, aparece un segundo problema, que no todos los sujetos expresamente mencionados en la referida ley ostentan la condición de autoridad atendiendo a si tienen mando o jurisdicción propia. Es decir, en la Ley 3/2015, de 30 de marzo que nos sirve de referencia para sustentar el famoso deber específico que infringirían los sujetos activos del delito de enriquecimiento injustificado, ni están todos los que son, ni son todos los que están. Por ello, para tratar de compaginar lo previsto en el texto penal arts. 24.1 y 438 *bis* CP, y lo establecido por la Ley 3/2015, será necesario analizar cada supuesto concreto para determinar si el sujeto en cuestión tiene mando o ejerce jurisdicción propia a fin de poder ser considerado autoridad a efectos penales y poder incluirlo en el círculo de posibles sujetos activos del delito. Lo realmente absurdo de toda esta situación es que viene motivada por la incomprensible exclusión de los funcionarios públicos como sujetos activos⁴⁸ porque de haber mantenido la tradicional estructura de los delitos contra la Administración Pública, todos estos sujetos analizados quedarían incluidos dentro del círculo de autores sin excesivos problemas. Otra de las contradicciones que se ponen de relieve en relación con este nuevo delito de enriquecimiento injustificado.

3. Problemas concursales del delito de enriquecimiento injustificado

A lo largo de todo este trabajo se ha sostenido que, en realidad, la motivación y fundamento de la introducción de este nuevo tipo penal radica en la lucha contra la corrupción, en la presunción (subyacente en la actual

regulación) de un origen ilícito y, en consecuencia, en la existencia de algún delito previo que no ha podido demostrarse del cual trae causa el incremento del patrimonio. Ya me he pronunciado sobre el hecho de que, en realidad, el delito previsto en el art. 438 *bis* CP constituye una vía alternativa para poder sancionar aquellos supuestos en los que, al no poder aportar pruebas sobre la existencia de un delito anterior, se recurre a sancionar el enriquecimiento que sí puede constatarse, pero en aras de intentar salvaguardar la constitucionalidad del mismo (aspecto que también resulta cuestionable) se recurre a una estructura de delito de desobediencia mediante la que se sanciona no el incremento del patrimonio, ni el origen de los bienes, sino la negativa a justificar los mismos. De esta manera, siempre cabrá la sanción por enriquecimiento injustificado, aunque no sea posible imputar al sujeto por otro delito previo.

En el supuesto de que pudiera constatarse la existencia de un delito previo del cual proceda el incremento patrimonial que constituye requisito previo del delito de enriquecimiento injustificado, señala un sector doctrinal que nos encontraríamos ante un concurso de delitos, sobre la base de que se atenta a dos bienes jurídicos: el que afecte el delito previo (por ejemplo, el correcto funcionamiento de la Administración Pública si se trata de un delito de cohecho) y el principio de autoridad respecto del delito de desobediencia que configura el enriquecimiento injustificado⁴⁹.

Diferente problemática se plantearía en relación con el delito fiscal previsto en el art. 305 CP, precepto que de hecho consideramos que sería la solución adecuada en aquellos casos en los que existe un incremento patrimonial que no se ha declarado ni justificado (bien como infracción tributaria o bien como delito atendiendo a la cuantía concreta de la cuota defraudada). En este supuesto, los dos tipos penales, el enriquecimiento injustificado y el delito fiscal tienen el mismo presupuesto previo: un incremento no justificado ni declarado del patrimonio que además de requisito previo del delito del art. 438 *bis* CP puede, además, integrar la cuota defraudada en el delito fiscal. Señala RAGA VIVES⁵⁰ que *“al mediar hecho y bien jurídico distinto (en el fraude fiscal, defraudación y patrimonio de la Hacienda), en principio, no parece desafortunado afirmar que se estará ante un concurso de delitos”*⁵¹. Innegablemente, a la luz de la regulación típica del delito, no existe inconveniente teórico alguno que impida poder apreciar este delito, ahora bien al sustentarse ambos tipos penales en el mismo requisito básico cual es un incremento de patrimonio no declarado y que no se corresponde con sus ingresos legítimos, si se condena por ambos delitos

la pena resultante no respondería proporcionalmente al hecho analizado que no es otro que el enriquecimiento injustificado del sujeto. De hecho, la posibilidad de esta falta de proporcionalidad parece reconocerla RAGA VIVES⁵² al afirmar que *“ello no obsta a que, si se considerase menester, se incorpore una cláusula concursal específica, para que, en caso de confluencia se aplique una solución proporcionada”*.

Una última posibilidad de concurrencia del delito de enriquecimiento injustificado se plantea en relación con el delito de desobediencia genérica recogido en el art. 410 CP. En este caso estaríamos ante un concurso de leyes, a resolver, en mi opinión a favor del delito de enriquecimiento injustificado en virtud del principio de especialidad, y ello determina un exponencial incremento de la presión penal en este concreto caso, por cuanto el art. 438 *bis* CP prevé una pena de prisión de seis meses a tres años, multa del tanto al triple del beneficio obtenido e inhabilitación para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo de dos a siete años, mientras que el art. 410 CP (en el cual, perfectamente se puede subsumir la conducta de desobediencia prevista en el nuevo precepto) establece una pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años. Una importante desproporción respecto de la sanción de comportamientos que, en esencia, son iguales: desobedecer la orden o requerimiento de un órgano competente para darla. Otro aspecto que avala el real fundamento de la creación de este tipo penal: la presunción o sospecha de existencia de un delito previo que no puede probarse.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como se ha puesto de relieve a lo largo de todo este trabajo, los problemas que plantea este nuevo delito introducido por la LO 14/2022, son graves e innumerables. La desastrosa e indeterminada redacción del tipo penal implica la imposibilidad de concretar qué conductas y respecto de qué sujetos conformarían la infracción típica. Pero el principal y más importante de los problemas que se han expuesto es la vulneración directa y total los derechos fundamentales contenidos en el art. 24.2 CE, principalmente el relativo al derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho de defensa.

Obviamente, si un sujeto tiene un incremento patrimonial que resulta desproporcionado en relación con sus ingresos puede deberse a dos situaciones diversas: que tenga un origen lícito o bien que proceda de la realización previa de algún hecho delictivo que no haya

sido descubierto o no haya podido ser probado. Situados en este punto, si el sujeto, incluso estando especialmente obligado a hacerlo, no lo declara o justifica puede verse en dos situaciones diversas. Si el enriquecimiento tiene un origen lícito podría responder por una infracción o delito fiscal dependiendo de que la cuota sea o no superior a 120.000 euros, y si tiene un origen ilícito y se le requiere que lo justifique estaría autoincriminándose en el delito previo. Es decir, incluir un tipo penal en el que lo que se sancione es la falta de colaboración con el sujeto, incluso construido como un delito de desobediencia, colisiona frontalmente con el derecho de defensa y a no declarar contra uno mismo. Exigir coactivamente (la amenaza penal de responder por un delito de enriquecimiento injustificado caso de no dar explicaciones sobre el origen de los bienes) resulta desde la perspectiva constitucional insostenible, y ello independientemente de la existencia de un deber específico de transparencia que compete al sujeto en cuestión porque nunca podrá quedar por encima un deber administrativamente establecido de uno constitucionalmente reconocido, e independientemente de que la negativa a colaborar pudiera vulnerar el principio de autoridad que se deriva de los delitos de desobediencia.

No resulta legítimo en un Estado de Derecho sancionar el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, por mucho que ello pudiera suponer un inconveniente para la sanción de determinados comportamientos, o incluso la infracción de un deber específico o la lesión del principio de autoridad. Desde esta perspectiva podrían barajarse dos opciones: la primera, eliminar el tipo penal y buscar la sanción de la conducta bien a través de otras figuras penales como el delito fiscal o el comiso de los bienes cuando haya indicios de un delito previo o bien recurrir a la vía administrativa que ya sanciona adecuadamente estos casos de infracción del deber de transparencia; una segunda opción, sería reformular la regulación legal, pudiendo sancionar el incremento injustificado del patrimonio, siempre que la obligación de acreditar que el mismo procede de actividades ilícitas recaiga en quien acusa, y no en el inculpaado. Pero ello implicaría retornar a la consideración del enriquecimiento como ilícito y no como injustificado.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ASENCIO MELLADO, “La lucha contra la corrupción”, en *El notario del siglo XXI*, nº 57, 2014.
- BACIGALUPO ZAPATER, “Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios”, en *Documentación Jurídica* 37/40, 1983.

- BLANCO CORDERO, “El debate sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-16, 2017.
- CARDENAL MONTRAVETA/ROGE SUCH, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, tomo I, 3ª ed., Corcoy Bidasolo (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia 2023.
- DIAZ Y GARCÍA CONLEDO, “Autoridad y funcionario público a efectos penales”, en *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002.
- FABIÁN CAPARRÓS, “Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en España”, en *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Rodríguez García/Carrizo González Castell/Rodríguez López (eds.), Tirant lo Blanch, Valencia 2019.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito”, en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Asencio Mellado (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- FERNÁNDEZ TERUELO, “El fenómeno de la corrupción en España. Respuesta penal y propuestas de reforma”, en *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico*, Università degli Studi di Milano, Milán, 2015.
- FERRE OLIVE, *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GARCÍA ARROYO, *Los delitos de cohecho antecedente*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal, Parte Especial*, 10ª ed., en González Cussac (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GONZÁLEZ URIEL, “La controvertida incorporación del mal llamado delito de enriquecimiento ilícito en el art. 438 bis del Código Penal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7, 2023.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho Penal Chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVII, segundo semestre, 2006
- JAVATO MARTIN, “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 23, 2011.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- MIR PUIG, “El delito de enriquecimiento ilícito o injusto”, en *Un modelo integral de Derecho penal: Libro Homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, vol. 2, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte especial*, 25ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- MUÑOZ CUESTA, “El nuevo delito de desobediencia del art. 438 bis CP introducido por la LO 14/2022”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2023, BIB 2023/983.
- NAVARRO CARDOSO, *El cohecho en consideración al cargo o función*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- OLAIZOLA NOGALES, “El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?”, en *Revista Penal*, nº 52, Julio, 2023.
- QUERALT JIMENEZ, “Concepto de funcionario público a efectos penales”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 27, 1985.
- QUINTERO OLIVARES, “Una guarnición: el delito de enriquecimiento ilícito”, en *Almacén de Derecho*, 30 de diciembre de 2022, <https://almacenederecho.org/una-guarnicion-el-enriquecimiento-ilicito> (ult. consul. 7 de noviembre de 2023).
- RAGA VIVES, “Art. 438 bis”, en *Comentarios al Código penal*, tomo II, Cuerda Arnau (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- “Del enriquecimiento ilícito a la desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 39, 2023.
 - “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, en *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2023.
- ROCA AGAPITO, “Concepto de autoridad y funcionario público a efectos penales”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 31, mayo-agosto, 2013.

Notas:

1 RAGA VIVES, “Del enriquecimiento ilícito a la desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 39, 2023, p. 3.

2 Así, por ejemplo, Francia y Luxemburgo castigan el delito de posesión injustificada de bienes, pero sólo en aquellos supuestos en los que se demuestre que el sujeto mantiene vínculos con personas que se dedican a cometer actividades delictivas; Lituania, si sanciona el patrimonio injustificado, pero debe ser la acusación quien demuestre que ese incremento patrimonial resulta ilícito. Rechazan claramente la posibilidad de sanción de esta conducta por vulneración de la presunción de inocencia e incompatibilidad con sus Constituciones, EEUU, Canadá, Austria, Suecia, Italia. Y en esta línea se encontraba la legislación española hasta la LO 14/2022.

3 Art. 18 de la Ley nº 52/2019, de 31 de julio, que sanciona la Desobediencia cualificada y ocultación intencional de patrimonio.

4 Esta Convención fue firmada por España el 16 de septiembre de 2005, y ratificada el 9 de junio de 2006, BOE, nº 171 de 19 de julio de 2006, entrando en vigor el mismo día de su publicación en el BOE.

5 Sin embargo, no considero que una teórica obligación legal de transparencia que concurre en determinados cargos públicos pueda fundamentar la introducción de un tipo penal que sancione el comportamiento de incumplimiento, principalmente porque como señala OLAIZOLA NOGALES, “El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?”, en *Revista Penal*, nº 52, Julio, 2023, p. 194, “la transparencia no es un bien jurídico que merezca

protección penal, sino un medio para conseguir determinados fines”, y ello sólo debe ser objeto de sanción administrativa.

6 Así lo afirma categóricamente RAGA VIVES, “Del enriquecimiento ilícito a la desobediencia”, cit., p. 2; FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito”, en Justicia penal y nuevas formas de delincuencia, Asencio Mellado (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 273.

7 BLANCO CORDERO, “El debate sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 19-16, 2017, pp. 20 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, “Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en España”, en Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos, Rodríguez García/Carrizo González Castell/Rodríguez López (eds.), Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 604 y ss. Y, entre otras, la STS de 27 de octubre de 2022 (Tol 9284246).

8 De ahí la categórica afirmación de GONZÁLEZ CUSAC, Derecho Penal, Parte Especial, 10ª ed., en González Cusac (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 782, que sostiene que “la fórmula empleada en el texto internacional es de difícil acomodo con las exigencias constitucionales sobre la presunción de inocencia”.

9 En realidad el delito tanto en el Preámbulo de la LO 14/2022, como en el precepto se denomina como enriquecimiento ilícito, ahora bien, tal como se expondrá, aunque el espíritu de la regulación penal pudiera ser el castigo de bienes de origen ilícito, sin embargo la regulación típica para nada hace referencia a cual sea el origen de los bienes, de manera que se sanciona la no “justificación” de la procedencia de aquellos que no hayan sido declarados. Precisamente por ello es cuestionable su denominación como enriquecimiento ilícito, y quizás fuera más aconsejable la de enriquecimiento injustificado, cfr. OLAIZOLA NOGALES, “El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?”, cit., p. 181; en el mismo sentido, GONZÁLEZ URIEL, “La controvertida incorporación del mal llamado delito de enriquecimiento ilícito en el art. 438 bis del Código Penal”, en Revista Aranzadi Doctrinal, 7, 2023, p. 9/25, señalando que “el legislador incurre en una severa discordancia a la hora de fijar el nomen iuris de este delito”.

10 RAGA VIVES, “Art. 438 bis”, en Comentarios al Código penal, tomo II, Cuerda Arnau (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 2736.

11 Denominan este tipo penal como enriquecimiento injustificado, GONZÁLEZ CUSAC, Derecho penal, Parte especial, cit., p. 82; OLAIZOLA NOGALES, “El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?”, cit., p. 181; RAGA VIVES, “Art. 438 bis”, cit., p. 2735 y ss.

12 OLAIZOLA NOGALES, “El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?”, cit., p. 190.

13 OLAIZOLA NOGALES, “EL delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?”, cit., p. 190.

14 En este sentido se ha manifestado también, FABIÁN CAPARRÓS, “Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en España”, cit., p. 601.

15 QUINTERO OLIVARES, “Una guarnición: el delito de enriquecimiento ilícito”, en Almacén de Derecho, 30 de diciembre de 2022, <https://almacenederecho.org/una-guarnicion-el-enriquecimiento-ilicito> (ult. consúl. 7 de noviembre de 2023).

16 RAGA VIVES, “Art. 438 bis”, cit., p. 2736; OLAIZOLA NOGALES, “El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?”, cit., p. 190.

17 MIR PUIG, “El delito de enriquecimiento ilícito o injusto”, en Un modelo integral de Derecho penal: Libro Homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, vol. 2, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p. 287; ASECIO MELLADO, “La lucha contra la corrupción”, en El notario del siglo XXI, nº 57, 2014, p. 1; FERNÁNDEZ TERUELO, “El fenómeno de la corrupción en España. Respuesta penal y propuestas de reforma”, en Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico, Università degli Studi di Milano, Milán, 2015, p. 74.

18 OLAIZOLA NOGALES, “El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?”, cit., p. 182.

19 BACIGALUPO ZAPATER, “Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios”, en Documentación Jurídica 37/40, 1983, p. 1099.

20 QUINTERO OLIVARES, “Una guarnición: el delito de enriquecimiento ilícito”, cit.

21 Sobre el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública, vid., por todos, GARCÍA ARROYO, Los delitos de cohecho antecedente, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 52 a 85.

22 RAGA VIVES, “Art. 438 bis”, cit., p. 2736; MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte especial, 25ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1026; CARDENAL MONTRAVETA/ROGE SUCH, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, tomo I, 3ª ed., Corcoy Bidasolo (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia 2023, p. 731; BLANCO CORDERO, “El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, cit., p. 33; MIR PUIG, “El delito de enriquecimiento ilícito o injusto”, cit., p. 297.

23 BLANCO CORDERO, ibidem; FABIÁN CAPARRÓS, “Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en España”, cit., p. 601; MIR PUIG, ibidem.

24 OLAIZOLA NOGALES, “El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?”, cit., p. 194.

25 OLAIZOLA NOGALES, “El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?”, cit., p. 183.

26 HERNÁNDEZ BASUALTO, “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho Penal Chileno”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXVII, segundo semestre, 2006, p. 194.

27 OLAIZOLA NOGALES, “El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?”, cit., p. 194.

28 GONZÁLEZ CUSAC, Derecho Penal, Parte especial, cit., p. 782; RAGA VIVES, “Del enriquecimiento ilícito a la desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades”, cit., pp. 17 y 18.

29 OLAIZOLA NOGALES, “El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?”, cit., p. 189.

30 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico y de la empresa. Parte general, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 339 y ss., y p. 872.

31 FERRE OLIVE, Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 285 y 286; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico y de la empresa, Parte General, cit., p. 876.

32 Se inclina por su consideración como elemento del tipo, OLAIZOLA NOGALES, "El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?", cit., p. 189; RAGA VIVES, "Del enriquecimiento ilícito a la desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades", cit., p. 24.

33 GONZÁLEZ URIEL, "La controvertida incorporación del mal llamado delito de enriquecimiento ilícito en el artículo 438 bis del código penal", cit., p. 8; OLAIZOLA NOGALES, "El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?", cit., p. 189.

34 MUÑOZ CUESTA, "El nuevo delito de desobediencia del art. 438 bis CP introducido por la LO 14/2022", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2023, BIB 2023/983, p. 5.

35 MUÑOZ CUESTA, "El nuevo delito de desobediencia del art. 438 bis CP introducido por la LO 14/2022", *ibidem*.

36 OLAIZOLA NOGALES, "El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?", cit., p. 192; RAGA VIVES, "El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado", en *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2023, pp. 207 a 215.

37 Ley que ha sido desarrollada por el Real Decreto 1208/2018, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrollan los títulos Preliminar, II y III de la Ley 3/2015.

38 OLAIZOLA NOGALES, "El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?", cit., p. 192.

39 Vid., para un mayor desglose, RAGA VIVES, "El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado", cit. pp. 209 a 211.

40 GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal, Parte especial*, cit., p. 783; RAGA VIVES, "Del enriquecimiento ilícito a la desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades", cit., p. 25; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, cit., p. 1027; CARDENAL MONTRAVETA/ROGE SUCH, *Manual de Derecho penal, Parte especial*, cit., p. 731. En el mismo sentido, las SSTS 477/2020, de 28 de septiembre, la 459/2019, de 14 de octubre y la 722/2018, de 23 de enero, entre otras.

41 RAGA VIVES, "Del enriquecimiento ilícito a la desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades", *ibidem*; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, *ibidem*.

42 RAGA VIVES, "El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado", cit., p. 203

43 En esto sigue las recomendaciones del CNUCC, y se separa abiertamente de muchas legislaciones comparadas de la Unión europea en las que se configura como delito común.

44 GARCÍA ARROYO, Los delitos de cohecho antecedente, cit., p. 288; QUERALT JIMENEZ, "Concepto de funcionario público a efectos penales", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 27, 1985, pp. 495 y ss.; ROCA AGAPITO, "Concepto de autoridad y funcionario público a efectos penales", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 31, mayo-agosto, 2013, p. 176; JAVATO MARTIN, "El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 23, 2011, pp. 167 y 168; NAVARRO CARDOSO, El cohecho en consideración al cargo o función, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 78; DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Autoridad y funcionario público a efectos penales", en *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, p. 180; OLAIZOLA NOGALES, "El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?", cit., p. 192.

45 GARCÍA ARROYO, Los delitos de cohecho antecedente, cit., p. 28; QUERALT JIMENEZ, "Concepto de funcionario público a efectos penales", cit., p. 498; NAVARRO CARDOSO, El cohecho en consideración al cargo o función, cit., p. 48; JAVATO MARTIN, "El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales", cit., p. 168; ROCA AGAPITO, "Concepto de autoridad y funcionario público a efectos penales", cit., 176; DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Autoridad y funcionario a efectos penales", cit., p. 180; OLAIZOLA NOGALES, "El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?", cit., p. 192.

46 GARCÍA ARROYO, Los delitos de cohecho antecedente, *ibidem*; OLAIZOLA NOGALES, "El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?", cit., p. 192; QUERALT JIMENEZ, "Concepto de funcionario público a efectos penales", cit., p. 498 y ss.; JAVATO MARTIN, "El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales", cit., p. 168.

47 GARCÍA ARROYO, Los delitos de cohecho antecedente, cit., pp. 293 y 294.

48 RAGA VIVES, "El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado", cit., p. 225.

49 RAGA VIVES, "El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado", cit., p. 230; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, cit., p. 1027

50 RAGA VIVES, "El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado", cit., p. 231.

51 En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, cit., p. 1027; MUÑOZ CUESTA, "El nuevo delito de desobediencia del art. 438 bis CP introducido por LO 14/2022", cit., p. 6.

ITALIA

Federica Raffone

Doctoranda en Derecho Penal por la Universidad de Módena y Reggio Emilia

1. El delito de enriquecimiento ilícito, recientemente introducido en España por la Ley Orgánica 14/2022¹, aunque ya presente en el Derecho penal latinoamericano², es sin duda un instrumento bastante peculiar para luchar contra la corrupción por la vía punitiva. Parece una clara expresión de un reforzamiento del papel del Derecho penal en clave claramente anticipatoria³ y de promoción social⁴. En primer lugar, cabe señalar que el sistema penal italiano, aunque pueda compartir las razones sociocriminológicas que subyacen a la introducción del delito en cuestión⁵, no cuenta, en el catálogo de delitos para la protección de la administración pública, con un delito que coincida exactamente con el que nos ocupa. En otras palabras, se trata de un supues-

to de parte especial desconocido en el ordenamiento jurídico italiano, ya que actualmente no existe ningún homólogo.

Por otra parte, la institución en cuestión, que ciertamente tiene su origen en la Convención de Mérida⁶, no parece haber colonizado aun ampliamente los sistemas penales europeos⁷, lo que convierte a España en uno de los pocos estados que han tipificado como delito la conducta de un “incremento inexplicablemente el patrimonio de un funcionario público durante su mandato”⁸.

Sin embargo, siguiendo la estela de las advertencias europeas en materia de lucha contra la corrupción, el ordenamiento jurídico italiano también ha implementado, a lo largo de los años, cambios legislativos a la luz del fenómeno político-criminal, en la dirección de un endurecimiento del tratamiento sancionador y una redefinición normativa de los supuestos especiales, lo que, lejos de haber aportado una mayor eficacia al microsector, se ha traducido más bien en un vaciamiento de la “tipicidad” de los hechos, a través de la legislación⁹ y de la jurisprudencia hermenéutica¹⁰, en un intento de abarcar penalmente por completo las fenomenologías de los actos de corrupción¹¹. En esto, el sistema penal italiano se aproxima al español, por ejemplo, ya que son países en los que el fenómeno corrupto representa una alarma social real y significativa¹², donde se ha implantado progresivamente una política penal de “tolerancia cero” hacia la corrupción, estructurando un microsistema de sanciones desequilibrado en términos de prevención general y neutralización del delincuente¹³.

En los cuales también hay importantes cuestiones de investigación y procedimiento¹⁴ que han reforzado, en el frente interno, la necesidad de reestructurar los delitos contra la administración pública.

En Italia, se trataba de intervenciones “expansivas” de una política de corrupción cero, también en cumplimiento de las advertencias de protección supranacionales, tanto europeas como internacionales¹⁵. No siendo posible aquí dar cuenta completa de la evolución de la disciplina, por no ser el objeto último de este trabajo, mencionaremos, brevemente y sin ninguna pretensión de exhaustividad, algunos cambios legislativos que expresan en el ordenamiento jurídico italiano *este determinado enfoque* de la lucha contra la corrupción, que creemos, además, en línea con la lógica de incriminación del enriquecimiento ilícito¹⁶. En este sentido, además del endurecimiento de las penas principales y accesorias, con consecuencias en términos de prescripción (aumentada), son de especial importancia la decisión de incluir los delitos de soborno, extorsión y malver-

sación entre los contemplados en el artículo 4 bis del Reglamento penitenciario (el denominado “*ergastolo ostativo*”)¹⁷, la previsión de limitaciones a la concesión de beneficios penitenciarios, incluida la suspensión condicional de la pena (artículo 165.4 del Código penal) y a los acuerdos de reducción de pena (artículo 444 del Código procesal penal)¹⁸, la propia existencia de un sistema *ad hoc* de decomiso obligatorio específico para los delitos contra la Administración Pública y el uso de herramientas de investigación reforzadas.

2. Dicho esto, es obligado examinar ahora el tema del enriquecimiento ilícito desde una perspectiva particular, ya que, aunque se ha dicho que no existe ningún supuesto de parte especial que penalice la conducta en cuestión, el Derecho penal italiano “ataca” *en cierto modo* el enriquecimiento ilícito. Esto, en verdad, se deduce también de la posición adoptada por Italia durante el debate sobre la aplicación del Convenio, en la medida en que los representantes del Estado manifestaron la incompatibilidad de la tipificación del enriquecimiento ilícito (artículo 20) con los principios del Derecho interno, observando además que el ordenamiento jurídico italiano ya contenía instituciones dirigidas a los objetivos que la nueva figura delictiva pretendía afrontar¹⁹. Se trata, bien mirado, de una respuesta gubernamental evidentemente diferente a la tipificación del enriquecimiento ilícito, que a todos los efectos parece seguir la pauta de un “delito-indicio”, de “mera sospecha”²⁰ de un acto de corrupción, un supuesto que solo penaliza al receptor (funcionario público) de la ganancia injustificada²¹.

El “hecho” considerado ilícito es en realidad, ya en la redacción de la Convención de Mérida, la posesión injustificada de bienes por parte de un funcionario público. El desvalor de tal hecho se centraría en la desproporción injustificable del patrimonio del funcionario público entre un estado previo a la asunción del cargo y el momento del control, realizado durante el mandato o en un plazo posterior a su cese. Es evidente la inversión de la carga de la prueba: es el funcionario público quien debe probar el origen lícito en el momento del control, considerándosele, de lo contrario, responsable sobre la base de una presunción de patrimonio desproporcionado²².

Pues bien, como ya ha señalado la doctrina española desde antes de la reforma²³, hay muchas dudas sobre la compatibilidad constitucional del delito en cuestión; hay dos macrotemas difíciles de conjugar: la inversión de la carga de la prueba y la contraposición con la presunción de inocencia. La posible introducción de un supuesto especial de este tipo en Italia expondría la

supuesta reforma a las mismas censuras, ya que es imposible imaginar una compatibilidad constitucional de un tipo penal que sancione la mera injustificación del patrimonio²⁴. Sin embargo, como ya se ha mencionado, ya existen instrumentos bien establecidos en la legislación penal italiana que, aunque difieren del delito de enriquecimiento ilícito, parecen lograr sustancialmente el mismo objetivo, que es la neutralización de los ingresos ilícitos. Se trata de algunas formas específicas de decomiso²⁵: el decomiso por desproporción (o “ampliado”) y el decomiso preventivo, instrumentos destinados a atacar los bienes o, más en general, los activos, cuya procedencia lícita no está probada, lo que significa que, incluso en ausencia de prueba del origen ilícito del producto individual, éste se presume.

Sin embargo, estas instituciones son radicalmente distintas de un caso autónomo de enriquecimiento ilícito. La sede no permite analizar en profundidad las instituciones de derecho italiano citadas²⁶, por lo que sólo se extraerán algunas consideraciones de conexión en relación con el tema objeto de investigación. En el caso del decomiso por desproporción, se trata de una medida accesoria²⁷, posdelictiva²⁸, y no de un delito autónomo de “mera conducta” o sospecha.

En este sentido, el artículo 240 bis del Código penal italiano prevé una forma de decomiso por desproporción que afecta a bienes, dinero y otras utilidades para los condenados por determinados delitos expresamente enumerados. Originalmente prevista fuera del Código para los delitos de tipo mafioso, y habiendo superado un juicio de constitucionalidad²⁹, la institución fue posteriormente introducida en el Código penal³⁰ y ampliada a otras infracciones penales³¹, incluidos los delitos contra la Administración Pública (Título II, Libro II, Código Penal italiano). El requisito previo para el decomiso previsto en el artículo 240 bis, además de haber cometido uno de los delitos presupuesto³², consiste precisamente en la procedencia injustificable de un patrimonio de valor desproporcionado con respecto a los ingresos. Del mismo modo, el decomiso preventivo³³, que comparte el objeto con la institución del artículo 240 bis del Código penal, se basa en el mismo supuesto de la presunción de riqueza desproporcionada; sin embargo, es peculiar por su uso en ausencia de condena, en virtud únicamente de la pertenencia del delincuente a una de las categorías de peligrosidad indicadas en los artículos 1, 4 y 16 del Decreto Legislativo 159/2011. La proximidad teleológica de estas instituciones a un delito autónomo de enriquecimiento ilícito parece evidente.

3. Debe concluirse entonces que, con las debidas diferencias entre las instituciones, el ordenamiento jurídico italiano *de alguna manera* “ataca” el patrimonio desproporcionado; sin embargo, esto no ocurre sólo con referencia a los funcionarios públicos, sector al que comúnmente se dirige la regulación del enriquecimiento ilícito. Se trata de instrumentos de una parte general de la lucha contra la delincuencia, entendida como herramienta de prevención general positiva (y especial negativa) en presencia de indicios sintomáticos de peligrosidad, o de comisión de un delito, o de facilitación de la proliferación de delitos³⁴. Así, el enriquecimiento ilícito *latu senso* sancionado en el ordenamiento jurídico italiano no tiende a concebirse como un delito en sí mismo³⁵, al menos expresamente.

Además, mientras que el decomiso por desproporción del art. 240 bis mantiene un vínculo, aunque indirecto, con la comisión de un delito precedente, en las hipótesis de decomiso preventivo este vínculo está ausente. Por lo tanto, nos parece poder afirmar que la extensión de las instituciones analizadas a los sospechosos de delitos contra la administración pública señala, por un lado, una pervivencia persistente de la lógica del derecho penal, en el sentido ya aclarado en el texto, y por otro, la criminalización del enriquecimiento ilícito como verdadera forma de lucha contra la corrupción, instrumento válido, el del decomiso preventivo, en todos los casos en que no sea posible probar el acto corrupto. Una finalidad, esta última, que parece coincidir, en una excelente anticipación punitivo-represiva, con la tipificación del enriquecimiento ilícito.

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO CORDERO I., *El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos*, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º. 19, 2017. BOLES J. R., *Criminalizing the Problem of Unexplained Wealth: Illicit Enrichment Offenses and Human Rights Violations*, en *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, vol. 17, n.º. 4, 2014, 835-880. DE JUAN GARCÍA A., *Tratamiento patrimonial y comiso del enriquecimiento injustificado de autoridades públicas en el artículo 438 bis CP «ex novo»*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º. 10, 2023. DEL CARPIO DELGADO J., *El delito de enriquecimiento ilícito análisis de la normativa internacional*, en *Revista General de Derecho Penal*, 23, 2015, 1-67. FIDELBO G., *La corruzione “funzionale” e il contrastato rapporto con la corruzione propria*, en *Giustizia insieme*, 14.5.2020. LA ROCCA E. N. (coord.), *Lo statuto ancora incerto della confisca: fisionomia, modelli, disciplina*, Padua, CEDAM, 2022. MAUGERI A. M., *La confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori, tra fattispecie ad hoc e unexplained*

wealth orders, en C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (coord.), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione, Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè Editore, Milano, 2018, 919 -953. MAUGERI A. M., entrada *Confisca*, en *Enciclopedia del diritto, Annali VIII*, Giuffrè, Milano, 2015, 186-225. NICOSIA E., *La confisca, le confische: funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applcativi*, Turín, Giappichelli, 2012. P. POMANTI, *Introduzione ai reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, en A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (coord.), *Diritto penale, Tomo 1: Parte generale; Parte speciale: i delitti contro la personalità dello Stato, i delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti contro l'amministrazione della giustizia*, UTET giuridica, Milán, 2022. TRINCHERA T., *Confiscare senza punire*, Giappichelli, Turín, 2020.

Notas:

1 Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de 'Transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso' (BOE de 23 de diciembre de 2022).

2 Para una visión comparativa del enriquecimiento ilícito, el proyecto de armonización y ejemplos de diversas leyes nacionales en América Latina, Estados Unidos, Asia, Europa y el Reino Unido, véase L. Muzila; M. Morales; M. Mathias; T. Berger, *On the Take: Criminalising Illicit Enrichment to Fight Corruption*, Washington, DC: Banco Mundial, 2012, disponible en <http://hdl.handle.net/10986/13090>. Véase también J. del Carpio Delgado, *El delito de enriquecimiento ilícito análisis de la normativa internacional*, en *Revista General de Derecho Penal*, 23, 2015, 1-67.

3 Sobre el impacto del derecho penal internacional de lucha contra la corrupción en la anticipación del umbral de punibilidad, véase F. Cingari, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Turín, Giappichelli, 2015, 73. Sobre la nueva redacción del artículo 318 del Código penal italiano (*corruzione per esercizio della funzione*) en clave anticipatoria, véase E. Mezzetti, *Gli eccessi del legislatore e l'irrelevanza autoreferenziale della dottrina penalistica*, en *Archivio penale Web*, 2, 2019, 5. Sobre el delito de tráfico de influencias ilícitas, también como expresión de una anticipación de la protección en materia de corrupción, véase V. Mongillo *Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano: crisi e vitalità di una fattispecie a tipicità impalpabile*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2022, 497-530.

4 Sobre los rasgos totalizadores y moralizantes del Derecho penal contemporáneo la bibliografía sería interminable, señalemos, ex multis, J. M. Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, Giuffrè, Milan, 2004; M. Donini, *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale 'tipo d'autore'*, Mucchi editore, Módena, 2014; A. Gaito, A. Manna, *L'estate sta finendo...*, en *Archivio penale web*, 3, 2018; F. Stubbli, *Il diritto penale totale: punire senza legge, senza verità, senza colpa: venti tesi*, Bologna, Il Mulino, 2019; D. Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, en *Diritto penale contemporaneo*, 26 de marzo de 2019.

Sobre la desproporcionalidad general-preventiva de las reformas italianas de los últimos años en materia de delitos contra la administración pública véase G. Fidelbo *La corruzione "funzionale" e il contrastato rapporto con la corruzione propria*, en *Giustizia insieme*, 14.5.2020. Sobre el enriquecimiento ilícito como delito que castiga un modo de desobediencia, véase también G. Quintero Olivares, *Una guarnición: el enriquecimiento ilícito*, 30 de diciembre de 2022, disponible en <https://almacenederecho.org/una-guarnicion-el-enriquecimiento-ilcito>.

5 Para un interesante examen de la contribución socio-criminológica sobre el tema de la corrupción en Italia, véase F. Cingari, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, ob. cit., 9 y ss.

6 La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) de 2003, también conocida como Convención de Mérida, es el único instrumento anticorrupción universal jurídicamente vinculante. Su contenido es variado, abarcando la regulación de medidas tanto preventivas como represivas en la lucha contra la corrupción, una amplia tipificación de los fenómenos corruptos, el papel de los organismos encargados de hacer cumplir la ley, la coordinación internacional y la asistencia judicial en las investigaciones. El artículo 20 aborda el delito de enriquecimiento ilícito, persiguiendo el objetivo de armonizar la normativa de los Estados ratificantes: "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".

7 No siendo objeto de este trabajo proponer una reflexión comparada sobre la institución, nos remitimos al reconocimiento realizado por I. Blanco Cordero, *El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos*, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 19, 2017, p. 4.

8 A. De Juan García, *Tratamiento patrimonial y comiso del enriquecimiento injustificado de autoridades públicas en el artículo 438 bis CP "ex novo"*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º. 10, 2023, par. 2.

9 Mediante las reformas de la parte especial y del tratamiento sancionador mencionadas. Véase también la nota 10.

10 Esto se refiere a la interpretación jurisprudencial de los casos de soborno que, siguiendo una tendencia que ahora es muy fuerte en el Derecho penal italiano, se mueve en la frontera entre la interpretación extensiva y la analogía. Un ejemplo de este fenómeno es el concepto de "acto de cargo" (*atto d'ufficio*), que se ha convertido en "cualquier conducta materialmente relacionada con el cargo". Las propias nociones de funcionario público y responsable de un servicio público, entendidas en un sentido funcional, han perdido su conexión de contenido técnico-formal. P. Pomanti, *Introduzione ai reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, en A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (eds.), *Diritto penale, Tomo 1: Parte generale; Parte speciale: i delitti contro la personalità dello Stato, i delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti contro l'amministrazione della giustizia*, UTET giuridica, Milán, 2022, p. 1726 y ss.

11 En el sentido de la creación de "macrohechos" con contenidos fluidos. Un proyecto de legislación anticorrupción total con penas duras que ya lleva años en marcha, pero que culminó con

las novedades de la llamada "Ley barreccorruptos" (Ley nº 3/2019). Ejemplos de esta política de "tolerancia cero" son la última formulación de la corrupción por ejercicio de función (artículo 318 del Código penal italiano), así como la reforma del delito de tráfico de influencias ilícitas (artículo 346 bis), al que se fusionó el delito de crédito extorsivo (antiguo artículo 346, derogado), así como las políticas sobre el tratamiento de las sanciones y la prohibición de medidas alternativas. P. Pomanti, *Introduzione ai reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, p. 1731.

12 Para una visión estadística de la incidencia de la corrupción en Italia y en todo el mundo, véase el Rapporto Indice della percezione della corruzione 2021 de *Transparencia Italia*, disponible en <https://www.transparency.it/indice-percezione-corruzione>. Para un marco sociocriminológico del fenómeno en España, véase A. De Juan García, *Tratamiento patrimonial y comiso del enriquecimiento injustificado de autoridades públicas en el artículo 438 bis CP "ex novo"*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 10, 2023, par. 1.

13 Un microsistema penal centrado, por un lado, en un severo tratamiento sancionador de carácter disuasorio y, por otro, en la neutralización del funcionario "desobediente" respecto de las obligaciones de "buena administración", casi como si se esbozara un derecho penal del enemigo (sobre este último aspecto véase F. Palazzo, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2020, 698). Sobre el derecho penal del enemigo M. Donini, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, en *Casazione Penale*, 2, 2006, 735-777.

14 I. Blanco Cordero, *El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos*, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 19, 2017, p. 1-2. A. M. Maugeri, *La confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori, tra fattispecie ad hoc e unexplained wealth orders*, en C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (eds.), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Studi in onore di Emilio Dolcini, Giuffrè, Milan, 2018, 951.

15 P. Pomanti, *Introducción a los delitos de los funcionarios contra la Administración Pública*, ob. cit., 1720 y ss.

16 En aras de la exhaustividad, cabe señalar que las principales reformas llevadas a cabo en Italia en materia de delitos contra la seguridad pública fueron aplicadas por la Ley núm. 190/2012, la Ley núm. 69/2015 y, más recientemente, por la Ley núm. 3/2019 (la denominada "Ley barreccorruptos").

17 Sobre el tema, véase V. Manes, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, en *Revista trimestral*, 1, 2012, 105-122.

18 P. Pomanti, *Introduzione ai reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, ob. cit., 1723, 1733.

19 NU, Grupo de examen de la aplicación, Quinto período de sesiones, Viena, 2 a 6 de junio de 2014, Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Resumen, Nota de la Secretaría, Italia, 19 de noviembre de 2013, p. 2 ss.: "Italia examinó y descartó la posibilidad de tipificar como delito el enriquecimiento ilícito debido a la incompatibilidad con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico italiano. No obstante, la legislación italiana prevé el decomiso obligatorio de activos cuyo origen no puedan justificar los delincuentes. Además, existen normas específicas que obligan a los funcionarios electos y altos cargos a declarar su patrimonio y prevén sanciones en caso de que no lo hagan".

20 A. De Juan García, *Tratamiento patrimonial y comiso del enriquecimiento injustificado de autoridades públicas en el artículo 438 bis CP "ex novo"*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 10, 2023, par. 2.

21 J. R. Boles, *Criminalizing the Problem of Unexplained Wealth: Illicit Enrichment Offenses and Human Rights Violations*, en *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, vol. 17, núm. 4, 2014, 847 ss.

22 En la legislación española también existe un criterio cuantitativo para apreciar la desproporción patrimonial, según el esquema clásico de identificar un valor umbral que califica la punibilidad del hecho; este "incremento significativo" penalmente relevante se fija en 250.000 euros. No parece que tal criterio pueda mitigar las fuertes censuras de constitucionalidad a que está sometido un delito estructurado en estos términos.

23 I. Blanco Cordero, *El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos*, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 19, 2017, 6 y ss.

24 En la línea del delito introducido por el artículo 12 quinquies, apdo. 2 de la Ley nº 356 de 1992, declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional italiano en su sentencia de 9-17 de febrero de 1994, nº 48. El delito en cuestión sancionaba el enriquecimiento desproporcionado de determinadas personas consideradas peligrosas por haber sido condenadas (o estar procesadas) por determinados delitos específicamente enumerados (entre ellos, principalmente, los delitos de asociación, incluidos los delitos de mafia) o ser beneficiarias de medidas de prevención. I. Blanco Cordero, *El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos*, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 19, 2017, ap. 2.1. Sobre este tema, véase también la reflexión más general sobre la relación entre los delitos de "mera sospecha" (de tenencia de valores) y la posición del Tribunal Constitucional, también en relación con la declaración de inconstitucionalidad del artículo 708 del Código penal italiano en A. M. Maugeri, *La confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori*, ob. cit., 933 ss.

25 El Código penal italiano de 1930 preveía originalmente, entre las medidas de seguridad, una figura de "confiscación" situado en su artículo 240. El Código Zanardelli de 1889 ya preveía una figura similar, rompiendo con la tradición jurídica anterior que conocía una institución de "confiscación" bastante diferente, que significaba una sanción accesoria ablativa de todo el patrimonio del condenado (la llamada "confiscación general de bienes", *Vermögenstrafe*). Con el Código Zanardelli, y luego con el Código Rocco, el sistema penal italiano conoce una figura de confiscación "especial", ya que se dirige a determinados bienes en virtud de una conexión indisoluble con la comisión de un delito, siendo esta última indispensable para la aplicación de la medida. A. M. Maugeri, *entrada Confisca*, en *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Giuffrè, Milán, 2015, 186-187. En las últimas décadas, el instituto del decomiso ha adquirido progresivamente centralidad doctrinal y jurisprudencial en la lucha contra diversos fenómenos delictivos, desde la criminalidad organizada, la delincuencia económica, hasta la tutela de las funciones públicas, el medio ambiente y el urbanismo. Esta ampliación del terreno aplicativo de la institución ha llevado a la proliferación de microdisciplinas específicas del decomiso según el sector de aplicación, hasta el punto de que hoy se puede hablar con propiedad de la disciplina de los decomisos,

en plural, con referencia no sólo a la disciplina del artículo 240 del Código penal italiano, sino también a la presencia de varias formas codificadas y partes especiales en las leyes complementarias. Existe, por tanto, hoy en día, un sistema articulado de decomisos que difieren en el objeto de la ablación, la disciplina y los fines perseguidos. Para una visión general, véase T. Trinchera, *Confiscare senza punire*, Giappichelli, Turín, 2020. 2020, 11 y ss.

26 La bibliografía sobre el punto sería interminable, así como el repaso jurisprudencial. Cabe citar, sobre el decomiso ampliado, ex multis, A. M. Maugeri, *La reforma del decomiso (decreto legislativo 202/2016)*. El estatuto de decomiso ampliado en virtud del artículo 240-bis del Código Penal: espada de Damocles sine die sustraída a la prescripción (del l. 161/2017 al decreto legislativo n.º 21/2018), en *Archivio penale*, 1/s, 2018, 235-294; E. N. La Rocca (ed.), *El estatuto aún incierto de la confiscación: fisonomía, modelos, disciplina*, Padua, CEDAM, 2022. Sobre las medidas de prevención A. Manna, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, Pisa university press, 2019; F. P. Lasalvia, *La prevenzione ragionevole*, Dike giurídica, Trento, 2022.

27 No es éste el lugar para ahondar en el debate sobre la naturaleza jurídica del decomiso, cuestión compleja y objeto de estudios recientes, incluso comparados, que no puede abordarse exhaustivamente en unas pocas líneas. Una cosa es afirmar la naturaleza punitiva del decomiso, aplicando así, por ejemplo, la prohibición de retroactividad de las sanciones penales, y otra muy distinta reconocerle una naturaleza patrimonial-accesoria, desprovista de alcance afflictivo-sancionador. Sobre este punto, véase E. Nicosia, *La confisca, le confisca : funzioni politico-criminali, natura giurídica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Turín, Giappichelli, 2012, cap. 2; T. Trinchera, *Confiscar sin castigar*, ob. cit., 4 ss. Sobre la naturaleza de la confiscación de prevención, L. Pincelli, *La naturaleza jurídica del decomiso preventivo desde la perspectiva de los derechos fundamentales*, en F. Morelli, *La cara oscura de la prevención de activos: un estudio sobre los perfiles críticos del decomiso*, Napoli, Jovene, 2022, 1-42.

28 En el decomiso por desproporción postdelictiva el resultado —que podría ser el beneficio de un delito, pero no se exige la prueba del vínculo, en virtud de una presunción— se hace decomisible precisamente para aplicar esa privación de la ganancia ilícitamente obtenida a través de un delito. El delito precedente, fuente del enriquecimiento ilícito, tiene una calificación autónoma, una valoración autónoma, sólo a cuyo resultado se aplica eventualmente la institución del decomiso. E. Nicosia, *La confisca, le confisca*, ob. cit., 15.

29 De hecho, al día siguiente de su introducción, el Tribunal Constitucional italiano (ord. de 29.1.1996, en *Cassazione penale*, 1996, 1385 y ss.) se pronunció sobre la constitucionalidad de la institución, descartando su irrazonabilidad, no reconociendo una inversión de la carga de la prueba ni una “probatio diabolica” por parte del condenado, sino que el legislador había establecido una presunción “iuris tantum” de patrimonio ilícito que podía superarse fácilmente con la mera alegación de los títulos, hechos y circunstancias que justificaban la disponibilidad de esos bienes.

30 El Decreto Legislativo n. 21/2018, como aplicación en nuestro ordenamiento del principio de “reserva de código”, ha derogado casi por completo la sede originaria de la institución, art. 12-sexiesd.l. 8 de junio de 1992, n. 306, reubicando la disciplina del decomiso ampliado en el Código Penal, en el Texto Único sobre Estupefacientes, en el Texto Único sobre Materia Aduanera, en el Código de Procedimiento Penal. Sobre este aspecto y, más

en general, sobre los cambios introducidos por el Decreto Legislativo n. 21/2018 véase. S. Bernardi, *El nuevo principio de “reserva de código” y las modificaciones del Código Penal*, en *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2018, 127-133.

31 La trata de personas, la esclavitud, la gestión ilegal de residuos, las catástrofes medioambientales y el tráfico de drogas son sólo algunos de los delitos que se han ido añadiendo progresivamente a la lista de delitos subyacentes. Sobre este punto, véase G. Marinucci, E. Dolcini, *Codice penale commentato*, Wolters Kluwer, Milán, 2021, art. 240-bis, 2912 y ss; T. Trinchera, *Confiscare senza punire*, ob. cit., 132 y ss.

32 En este caso de decomiso, la comisión de un delito es simplemente una condición previa, una condición objetiva, pero no existe ninguna conexión entre el objeto del decomiso y la comisión del delito. La conexión con el delito subyacente es sólo indirecta. Véase F. P. Lasalvia, *Breves reflexiones sobre las “confiscaciones modernas”*, en *Legislazione penale*, 12.2.2020, 5 ss. Este es también el enfoque aceptado por la jurisprudencia en Cass., S.U., 17.12.2003 (dep. 19.1.2004), Montella, en *CED Cass.*, m. 226490. Para una reconstrucción completa de las teorías sobre la relación entre el delito previo y el objeto del decomiso, véase A. M. Maugeri, *La noción de beneficio confiscable y la naturaleza de la confiscación: dos cuestiones inextricables y siempre sin resolver*, en *Legislazione penale*, 17.1.23, 1-91.

33 Ahora se rige por los artículos 16 y siguientes del Decreto Legislativo n.º 159/2011 (Código de leyes antimafia y medidas de prevención).

34 A. M. Maugeri, *La confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori*, ob. cit., 952 s. M. Donini, *Il penale come religione di massa e l’ennesima riforma della giustizia*, 18 de julio de 2023.

35 J. R. Boles, *Criminalizing the Problem of Unexplained Wealth: Illicit Enrichment Offenses and Human Rights Violations*, en *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, vol. 17, núm. 4, 2014, 849.

MÉXICO

Manuel Vidaurri Aréchiga

Universidad La Salle Bajío (México)

mvidaurri@lasallebajio.edu.mx

Como parte de los tipos penales contenidos en el Título Décimo del Código Penal Federal (CPF)¹, bajo el epígrafe de Delitos por Hechos de Corrupción, el de enriquecimiento ilícito se encuentra previsto en el artículo 224. Lo pone en estos términos:

Se sancionará a quién 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.

Para efectos del párrafo anterior, se computarán entre los bienes que adquieran los servidores públicos o con respecto de los cuales se conduzcan como dueños, los que reciban o de

los que dispongan su cónyuge y sus dependientes económicos directos, salvo que el servidor público acredite que éstos los obtuvieron por sí mismos.

No será enriquecimiento ilícito en caso de que el aumento del patrimonio sea producto de una conducta que encuadre en otra hipótesis del presente Título. En este caso se aplicará la hipótesis y la sanción correspondiente, sin que dé lugar al concurso de delitos.

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.

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente de cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa.

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente de cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización se impondrán de dos años a catorce años de prisión y multa de cien a ciento cincuenta días multa.

En el mismo Título Décimo se agrupan los delitos de Ejercicio Ilícito de Servicio Público (art. 214); Abuso de Autoridad (art. 215); Coalición de Servidores Públicos (art. 216); Uso Ilícito de Atribuciones y Facultades (art. 217); Del Pago y Recibo de Remuneraciones de los Servidores Públicos (Art. 217 ter); Concusión (art. 218); Intimidación (art. 219); Ejercicio Abusivo de Funciones (220); Tráfico de Influencias (art. 221); Cohecho (art. 222); Cohecho a Servidores Públicos Extranjeros (222 bis); Peculado (art. 223); Enriquecimiento Ilícito (art. 224).

Ante el fenómeno de la corrupción, el orden jurídico mexicano ha dispuesto el establecimiento de figuras típicas con las que se pretende enfrentar la práctica corrupta, especialmente la que proviene de los servidores públicos. Tipos penales como los contenidos en el Título Décimo del CPF aparecen también en las legislaciones penales de las entidades federativas de la república. Para darse una idea del nivel que alcanza el problema de la corrupción en México, basta conocer el dato de Transparencia Internacional que, para el año 2022, ubica al país en el lugar 124 de 180.

Adicionalmente a las medidas legislativas internas (códigos penales, leyes administrativas que regulan la función pública y establecen los esquemas de responsabilidades de los servidores públicos, o la creación de los sistemas estatales y federal anticorrupción), cabe mencionar que México forma parte de la **Convención Interamericana Contra la Corrupción**² de 1996. De este instrumento internacional de la Organización de Estados Americanos, se puede invocar ahora el ilustra-

tivo apartado IX que, en relación con el enriquecimiento ilícito, a la letra dice:

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

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

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

También se forma parte de la **Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción**³ del 2003. Puntualmente, en su artículo 20 puede leerse:

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.

En ambos instrumentos internacionales se contempla, como elemento constitutivo de la conducta reprochable, la falta de justificación razonable por parte del servidor público del incremento significativo de ingresos.

Siguiendo la fórmula jurídica internacional, el tipo penal contenido en el artículo 224 del CPF se ciñe a lo definido en los citados instrumentos internacionales, ya que se dispone que habrá enriquecimiento ilícito “cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio”, pero adiciona lo referente a que no puede acreditar “la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño”.

Otro dato importante deriva del señalamiento fijado en el artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CM)⁴, donde se enuncian como principios rectores a los que debe sujetarse el servicio público, a saber: los de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, los que se vulnerarían paralelamente a la perpetración del enriquecimiento ilícito, concurriendo las responsabilidades administrativa y penal. Súmese a lo anterior el hecho de que, para la investigación de estos delitos, se tiene previsto en el orden jurídico la posibilidad de que la autoridad pue-

da hacer uso de disposiciones que le permitan superar la secrecía de la información bancaria y fiscal, aspecto que se contiene igualmente en el mencionado artículo 109, cuando indica:

En el cumplimiento de sus atribuciones, a los órganos responsables de la investigación y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción no les serán oponibles las disposiciones dirigidas a proteger la secrecía de la información en materia fiscal o la relacionada con operaciones de depósito, administración, ahorro e inversión de recursos monetarios. La ley establecerá los procedimientos para que les sea entregada dicha información.

Retomando el actual tipo penal del CPF, conviene reformar que derivó de la reforma constitucional (Título Cuarto), y que produjo otras leyes relacionadas con la lucha contra la corrupción: Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción⁵, Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa⁶, Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación⁷, así como modificaciones a otras leyes (Ley Orgánica de la Administración Pública Federal)⁸.

Las sanciones previstas para este delito consisten en el Decomiso en beneficio del Estado de los bienes cuya procedencia no pueda acreditarse. Y para la definición de la pena de prisión aplicable, se plantean dos hipótesis: la primera, cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente de cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización⁹ se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa. Y la segunda, cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente de cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización se impondrán de dos años a catorce años de prisión y multa de cien a ciento cincuenta días multa.

Un aspecto crítico respecto de la tipificación del enriquecimiento ilícito consiste en la acreditación de la presunción de inocencia, básicamente al establecerse que la carga de la prueba corresponde al servidor público y no como corresponde demostrar en los modelos garantistas la acusación al representante social, al Ministerio Público. La redacción del tipo penal, además, no define una conducta, sino alude a un resultado, y viola el principio de no autoinculpación, además de quebrantar el principio acusatorio que ya se establece en el artículo 21 de la CM¹⁰.

Y aunque en la Doctrina nacional existen opiniones en el sentido expuesto antes, otras más apelan a su derogación en la medida que otros tipos penales, relacionados con el uso indebido de la función pública permitirían encuadrar la conducta en cuestión (Enrique

Días Aranda), otras consideraciones estiman su utilidad como parte de todo un esquema de combate a la corrupción, aunque salvando el punto relativo a la reversión de la carga de la prueba en perjuicio del imputado, que afecta la presunción de inocencia e impide la aplicación del principio de contradicción¹¹.

Un dato más, conforme a lo que señalan los artículos 19 de la CM y 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la imputación del delito de Enriquecimiento Ilícito amerita prisión preventiva oficiosa, cuestión que en coincidencia con Lara Rivera, impide actos de defensa de la persona imputada, afectando igualmente el principio de contradicción, característico de los sistemas procesales de corte acusatorio.

Notas:

1 Visible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPF.pdf>

2 Visible en: https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_interame_contr_corrup.pdf

3 Visible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

4 Visible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

5 Visible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNA_200521.pdf

6 Visible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOTFJA.pdf>

7 Visible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfrcf.htm>

8 Visible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOAPF.pdf>

9 La Unidad de Medida y Actualización (UMA) es la referencia económica en pesos para determinar la cuantía del pago de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, de las entidades federativas, así como en las disposiciones jurídicas que emanen de todas las anteriores. El valor mensual de la UMA se calcula multiplicando su valor diario por 30.4 veces y su valor anual se calcula multiplicando su valor mensual por 12.

Para el 2023, el valor diario asciende a \$103.74; mensual de \$3,153.70, y anual de \$37,844.40. Para ubicar mejor el monto en dólares, al día de hoy (20/11/2023), el valor del dólar asciende a \$ 17.15 pesos mexicanos por dólar estadounidense, y a la venta el Euro alcanza un precio de \$19.59 pesos mexicanos por Euro.

10 Un estudio detallado del tipo penal en; CÁRDENAS RIO-SECO, Raúl F., Enriquecimiento ilícito, México, Porrúa, 2004, p. 236; Véase también el estudio reciente de LARA RIVERA, Jorge A., Enriquecimiento ilícito. ¿Vulnera el artículo 224 del Código Penal Federal el principio de inocencia?, en NAVA GARCÉS, Alberto Enrique, Delitos. Análisis y reflexiones sobre la parte especial del Derecho penal y los delitos especiales, México, Editorial Porrúa, 2023, p. 403-421.

11 Recogiendo la DÍAZ ARANDA, y dejando su postura personal, en LARA RIVERA, Jorge A., Enriquecimiento ilícito. ¿Vulnera el artículo 224 del Código Penal Federal el principio de inocencia?, op. cit., p. 419.

NICARAGUA

Sergio J. Cuarezma Terán

Profesor de Derecho penal

*Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ),
Nicaragua¹*

Nicaragua, a lo largo de los últimos treinta y seis años, se encuentra en un proceso de transformación de sus instituciones democráticas. Este proceso tiene como finalidad la estructuración y organización de un Estado de Derecho constitucional, cuya razón y fin es orientar a las personas y a los poderes públicos a la Constitución y a las leyes. También establecer y garantizar un sistema de derechos sociales, económicos, políticos y de libertades públicas, bajo la primacía de la dignidad humana, buscando corregir, conforme a derecho, las desigualdades de toda naturaleza. Todo esto es el resultado de una serie de acontecimientos históricos y de la participación ciudadana, que, con determinación, permite avanzar en un nuevo orden construido en torno a la democratización, la transformación de instituciones democráticas, así como la modernización económica, racionalización del espacio estatal con justicia para el mayor número de personas.

En este contexto, el país está realizando grandes esfuerzos para crear un Estado de derecho, y fortalecer a sus instituciones. Esto hace necesario que uno de sus pilares fundamentales, la Administración pública, cuente con un régimen jurídico conveniente, ya que para lograr el Estado de derecho se requiere que se materialicen en leyes los postulados delineados en la Constitución Política (1987), muchos de ellos aún pendientes de desarrollar y articular. En este sentido, el Estado ha dado pasos importantes con la elaboración y entrada en vigor de una serie de leyes que implican una nueva estructura administrativa y, en especial, lo concerniente a la tipificación de nuevas figuras delictivas o actos de corrupción cometidos por funcionarios públicos y particulares en contra de la Administración pública adecuado además, a las responsabilidades suscritas internacionales.

CÓDIGO PENAL 1974: REFORMA Y ADICIÓN 2002

En este sentido, en el 2002, el Código penal de 1974 (actualmente derogado) sufrió una reforma y adición en lo referente a nuevas figuras delictivas relacionados a actos de corrupción cometidos por servidores públicos y particulares en contra de la Administración públi-

ca. Así, el viernes 28 de junio de 2002, en La Gaceta, Diario Oficial. No. 121, se publicó la Ley 419, Ley de Reforma y Adición al Código Penal de la República de Nicaragua.

La reforma y adición contiene un valioso aporte legislativo para el desarrollo del Derecho penal nicaragüense y la prevención y control de los actos de corrupción, o como dice el primer considerando de la misma, «luchar contra todas las formas de corrupción que se cometan en el ejercicio de las funciones públicas». Por una parte, se reforma el tema de la responsabilidad criminal conforme a la moderna dogmática penal. Diferencia con mayor precisión a los autores y los partícipes, y regula el problema del «actuar en nombre de otro», sea de persona natural o personas jurídica. También reforma lo relacionado a la prescripción, especialmente a lo relacionado a la prescripción de los servidores públicos que cometen delito y estén amparados por el privilegio constitucional de la inmunidad: «El término de la prescripción de la acción penal empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito. El término de la prescripción de la acción penal en los delitos propios de los funcionarios públicos que gocen de inmunidad y que se cometieren a partir de la vigencia de esta Ley, se iniciará a partir del cese de sus funciones, sin perjuicio de las facultades que le corresponden a la Asamblea Nacional en materia de inmunidad» (arto. 2).

Por otra parte, la reforma incluye delitos relacionados a la tutela de la Administración pública. En atención a estos últimos, sufren reformas los delitos de malversación de caudales públicos, el fraude, el peculado, el cohecho. La Ley 419/2002, crea, por primera vez en la historia jurídico penal, una serie de figuras delictivas para la protección de la administración estatal: el *enriquecimiento ilícito* (*Illicit enrichment*), el tráfico de influencia y el soborno transnacional. Y otro, que, aunque no comparte la misma naturaleza, orientan su protección a la lucha contra la corrupción, el delito de encubrimiento.

La protección penal del título VIII, en el Código penal de 1974 (derogado), se extiende tanto a las funciones administrativas propiamente dichas, así como a las otras funciones del Estado, por lo tanto, el concepto penal de Administración pública se debe entender en sentido amplio: El gobierno del Estado integrado con todos los poderes que lo componen, con los servicios que son inherentes a esos poderes o que el Estado atrajo a su esfera por razones prácticas, pero en cumplimiento de finalidades públicas.

PREVENCIÓN TÉCNICA

Todo esfuerzo para combatir la corrupción es importante y valioso. Esta reforma y adición al Código Penal, es importante y valiosa. No obstante, la lucha contra la corrupción no debe dejarse sólo en la creación de nuevos delitos o aumentando las penas, sino también hay que privilegiar, como expresa el profesor alemán, W. Hassemer, la prevención técnica, sin descuidar a la puramente represiva frente a la corrupción. Garantizar, como dice Hassemer, que aquellas personas que lleguen a observar o experimentar actos de corrupción puedan denunciar sin temor ante un organismo idóneo. De esa manera es posible quebrar las estructuras corruptivas. También existen otras posibilidades para la prevención como el traslado de funcionarios, la separación entre planificación, supervisión y ejecución, como también la presencia permanente de las auditorías internas y el fortalecimiento institucional de la instancia que controla el manejo del patrimonio de la Administración pública, o sea el patrimonio de la sociedad. Hay que apostar, a la transparencia, a la franqueza y el deber de denunciar todo tipo de acto de corrupción, en el marco y respeto, por supuesto, del principio de legalidad.

CÓDIGO PENAL 2008

El delito de *enriquecimiento ilícito*, después de 28 años, fue incluida en el Código Penal derogado de 1974. Este delito castiga al servidor público el incremento de su patrimonio no justificado, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de su cargo. Este esfuerzo legislativo permitió que la figura del enriquecimiento ilícito se integrara en el Código penal actualmente en vigor, Ley 641/2008, bajo el Título XIX, de los delitos contra la Administración pública, Capítulo V, del Cohecho. El delito de Enriquecimiento ilícito expresa que: “La autoridad, funcionario o empleado público, que sin incurrir en un delito más severamente penado, obtenga un incremento de su patrimonio con significativo exceso, respecto de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente su procedencia, al ser requerido por el órgano competente señalado en la ley, será sancionado de tres a seis años de prisión e inhabilitación por el mismo período para ejercer cargo o empleo público”.

EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El enriquecimiento ilícito se configura como cualquier incremento patrimonial de un funcionario o empleado público que se derive, directa o indirectamente, del desempeño de su cargo. Este delito se aplica de manera subsidiaria, es decir, sólo en casos donde el aumento patrimonial no constituye otro delito. Es importante destacar que no todo aumento en el patrimonio de un funcionario público, asociado al ejercicio de su cargo, es necesariamente ilícito. El interés legal tutelado en casos de enriquecimiento ilícito es la preservación de la lealtad que deben mantener los servidores públicos hacia la Administración pública. Además, este principio se extiende al respeto que los ciudadanos deben mostrar hacia la entidad gubernamental y a aquellos que la representan.

La conducta delictiva se caracteriza por el logro de un aumento patrimonial que excede significativamente los ingresos legítimos del funcionario durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificarse. La expresión “no pueda justificarse” sugiere que se debe considerar justificado cualquier incremento patrimonial que pueda explicarse como de origen lícito. Al hablar de “incremento”, se entiende que debe ser un aumento significativo; por lo tanto, no cualquier aumento es suficiente para proceder con una acción penal o para configurar el delito. El aumento debe ser un “significativo exceso”

Se identifica un aumento en el patrimonio de un funcionario público cuando la comparativa entre su patrimonio inicial, al tomar posesión de su cargo, y el patrimonio que posee en un momento posterior muestra un crecimiento. La jurisprudencia exige que tal crecimiento sea significativo para considerarse relevante. Es esencial cuantificar este incremento, evaluando tanto su calidad como su magnitud, para determinar si el aumento es material y no meramente nominal. Un enriquecimiento patrimonial se considera notorio y digno de atención cuando, tras contrastar los activos y pasivos, se percibe un ascenso en los activos o una merma en los pasivos que no encuentra justificación en la dinámica habitual de las finanzas o en la capacidad económica conocida del servidor.

Notas:

1 www.inej.net

PERÚ

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

*Catedrático de Derecho Penal PUCP**Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia del Perú*

EL PROBLEMA DE LA CORRUPCIÓN EN EL PERÚ

Sobre el fenómeno de la corrupción se ha escrito e investigado mucho en las tres últimas décadas. En ese proceso y debate cognoscitivo la definición y explicación de dicho fenómeno ha producido una amplia variedad de conceptos como lo ha puesto de relieve CAS-TRO CUENCA. No obstante, la llamada corrupción política y pública sigue siendo la que mayor atención y preocupación social suscita sobre todo porque surge y se consolida “en el marco de las rutinas institucionales del Estado”¹. Es más, luego de la entrada en vigencia de la Convención de Medida el problema de la corrupción o de su etiología y sus consecuencias se han hecho más visibles y sensibles a las sociedades del tercer milenio.

Comúnmente se identifica a la corrupción con una diversidad de actos disfuncionales que son realizados por los funcionarios públicos a cambio de ventajas o beneficios económicos. La característica común a todas estas conductas radica en que ellas constituyen siempre infracciones a los deberes esenciales de equidad, diligencia e imparcialidad que rigen el ejercicio de los servicios que brinda la administración pública a la ciudadanía². En efecto, el artículo 4.1 del Decreto Legislativo 1327 define el acto de corrupción como “aquella conducta o hecho que da cuenta del abuso del poder público por parte de un servidor civil que lo ostente, con el propósito de obtener para sí o para terceros un beneficio indebido”. Al respecto, LAMAS PUCCIO destaca la gravedad que adquiere el fenómeno de la corrupción cuando este asume la fisonomía de una **cleptocracia**, esto es, de un estilo distorsionado y pervertido de la política y del modo de ejercer el poder político³.

Paralelamente las capacidades criminógenas de la corrupción son también un objeto de particular interés para los analistas, sobre todo cuando esta actividad ilícita tiene lugar en el espacio de acción de los altos funcionarios públicos y que requieren encubrir las cuantiosas ganancias que obtuvieron de la corrupción. Recientemente generó estupor mundial las revelaciones de este tipo de conductas imputadas a quien ejerció hasta hace poco como Rey de España y que

fungió por algún tiempo como un pilar esencial para el desarrollo de la democracia postfranquismo. Es, pues, en esos contextos que ponen de manifiesto potenciales prácticas de macrocorrupción, que emerge y se hace notar la potencialidad criminógena de la corrupción al desplazarse y convocar a otras conductas delictivas de aseguramiento como las relacionadas con el lavado de activos. De allí, pues, que los grandes actores de la corrupción casi siempre acaban también implicados en operaciones ilícitas de lavado de activos. Sobre esta conexión delictiva es muy ilustrativo lo señalado por LEVI, DAKOLIAS y GREENBERG:

“La necesidad de lavar fondos obtenidos de manera corrupta depende de la cantidad y el nivel de concentración: cuanto mayor sea el volumen y menor el número de personas que reciben los ingresos de la corrupción, tanto mayor será la necesidad de lavar dinero. Del mismo modo, cuanto mayor sea la confianza de la persona corrupta en su seguridad futura y la de sus activos, tanto mayor será el deseo de exportar sus ingresos en fondos líquidos a lo que considera un *paraíso seguro*”⁴.

Ahora bien, la explicación del fenómeno de la corrupción y de su etiología han sido objeto de diferentes y continuas investigaciones a lo largo de las dos últimas décadas. En el desarrollo de todos estos estudios se han ensayado diferentes enfoques y ópticas analíticas. Sin embargo, los principales modelos de interpretación que han sido aplicados sobre dicha problemática han sido, mayormente, de tipo ético, cultural, sociológico, político-administrativo, psicosocial, económico, criminológico y jurídico penal⁵. Asimismo, en la revisión empírica de la presencia de la corrupción en las sociedades postmodernas, se han identificado como sectores de mayor vulnerabilidad a aquellos relacionados con los procesos que realiza la administración pública para la adquisición de bienes y servicios, así como en el sensible espacio de la administración de justicia⁶.

Para la exposición de nuestras reflexiones sólo recurriremos a tres de estos diversos enfoques. En primer lugar, al **económico** que identifica a la corrupción con una renta. Esto es, como un beneficio o privilegio que poseen los funcionarios públicos y son ofertables o requeridos, por lo que puede ser objeto de intercambio. Lo cual implica que potencialmente habrá siempre alguien que necesite apropiarse de esa renta y que este decidido a adquirirla por un determinado precio. Desde esta perspectiva el funcionario público es el titular de competencias y facultades que administra como rentas que son deseadas o requeridas por el corruptor, el cual para obtenerlas está dispuesto a comprarlas a través de sobornos. La corrupción, entonces, como señalan Gó-

mez, GONZÁLES y HIERRO, es “una forma de obtención” de tales rentas⁷.

En segundo lugar, al enfoque **criminológico** donde la corrupción de los funcionarios públicos suele explicarse como consecuencia de la confluencia de oportunidades y riesgos. Es decir, que aquellos incurrir en actos de corrupción cuando los riesgos de interdicción que afrontan son bajos; los potenciales castigos soportables y leves; y cuando las recompensas o beneficios a obtener son ventajosos y altos⁸.

Y, en tercer lugar, al enfoque **jurídico penal** que ha dejado de privilegiar el interés por las formas de corrupción ocasional e individual, para concentrarse en la presencia sensible y contemporánea de la corrupción de sistema o institucionalizada. A ella la califica como un prioritario problema de política criminal internacional y que viene operando en el tercer milenio a través de sofisticadas manifestaciones de criminalidad organizada de poder económico, político o tecnológico. Lo cual demanda de procesos de criminalización necesariamente especializados, tanto para la configuración de su regulación normativa, como para la eficiente actuación operativa de las agencias estatales diseñadas para su persecución y sanción⁹.

PERSONAS EXPUESTAS POLÍTICAMENTE Y CORRUPCIÓN DE SISTEMA

Uno de los escenarios actuales donde coinciden transversalmente prácticas frecuentes de corrupción de sistema o institucionalizada, es el que corresponde al de las **personas expuestas políticamente-PEP**. En la literatura especializada se designa con esta denominación a aquellas personalidades que por el alto cargo político, función pública, posición social o económica que ostentan, están en condiciones de ejercer poder e influencia en las decisiones y acciones que tienen lugar en una sociedad. Se trata, pues, de personas que están posicionadas en un nivel estratégico de las altas esferas de la organización del Estado o que poseen un rango sensible de prestigio debido a la trascendencia del rol activo o de participación que cumplen dentro de una comunidad.

Según la experiencia internacional acumulada desde finales del siglo XX se pueden distinguir tres modalidades de PEP: las **personas expuestas políticamente en sentido estricto** que son aquellas que ocupan puestos de alto nivel en el sector público; las **personas expuestas políticamente por extensión** y que comprenden a los familiares y profesionales cercanos a las PEP de sentido estricto; y las **personas expuestas política-**

mente por representación que son las personas que si bien posee un rango o posición de autoridad propia, se encuentran también formal o fácticamente subordinadas a las PEP de sentido estricto.

La historia reciente de Latinoamérica ha registrado reiteradamente el sensible nivel de riesgo que tienen las personas expuestas políticamente de involucrarse en organizaciones y actividades criminales. Además, que tal potencialidad delictiva se proyecta con igual intensidad en los diferentes niveles y componentes de aquellas tres tipologías de PEP. Efectivamente, ello se ha puesto de manifiesto en casos emblemáticos sometidos a investigación o procesos penales como los denominados “LAVAJATO” en Brasil; el de “LA RUTA DEL DINERO K” en Argentina; el de “LA LÍNEA” y “EMPRESA PORTUARIA QUETZAL” en Guatemala; el de “PANAMÁ PAPERS” en Panamá; y el de los “CUELLOS BLANCOS DEL PUERTO” en el Perú.

Ahora bien, lo que ha determinado que las PEP hayan adquirido particular importancia en las tipologías actuales de la criminalidad organizada se debe, sobre todo, al proceder desviado o distorsionado que ellas han demostrado que pueden practicar desde el cargo o espacio de poder funcional que desempeñan. Lo cual, unido a un inescrupuloso afán de riqueza los ha llevado a sortear, manipular o anular la eficacia de los procedimientos preventivos de control configurados en su entorno, así como a aprovechar abusivamente las oportunidades que se les presentan para inducir, coaccionar o comprometer a terceros en la realización de actividades criminales que los benefician.

Cabe destacar que en países sudamericanos este tipo de experiencias de corrupción institucional asociadas a prácticas de abuso de poder de parte de personas expuestas políticamente ha sido recurrente. En el caso específico del Perú hacia la última década del siglo XX, se experimentó una extendida y concertada agresión criminal proveniente de las PEP. En aquel periodo se atribuyó a Vladimiro Montesinos Torres, un ex asesor del entonces Presidente Alberto Fujimori Fujimori, la posición de gestor de una amplia red de corrupción que comprometió a un considerable número de sectores y altos funcionarios públicos del aparato estatal peruano¹⁰. Según demostraron los procesos judiciales que se adelantaron en torno a esa organización criminal la intervención de estos últimos comprendió a PEP vinculadas al Congreso de la República, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Supremo de Justicia Militar, el Consejo Nacional de la Magistratura, Jurado Nacional de Elecciones, Contraloría General de la República, Superintendencia Nacional de Administración

Tributaria, Tribunal Fiscal, Oficina Nacional de Procesos Electorales, Sistemas de Inteligencia Nacional, Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Medios de comunicación social y Banca privada. En total se incoaron 246 juicios penales que comprendieron a un total de 1743 personas como adscritos a aquella estructura delictiva. Muchas de ellas incurrieron junto a sus familiares y allegados en delitos de enriquecimiento ilícito.

Ya ingresando a la tercera década del Siglo XXI, la vinculación de personas expuestas políticamente en investigaciones y procesos penales por actos de corrupción en general y de enriquecimiento ilícito en particular sigue mostrando una nutrida casuística¹¹. Una muestra de ella lo constituyen los casos judicializados o con investigación fiscal que han merecido las denominaciones de “Las agendas de la primera dama”, “Ecoteva”, “Odebrecht” y “la Familia Presidencial”. Además, en ellos se han visto involucrados sucesivos gobiernos y mandatarios de este periodo. A ellos hay que agregar también el caso conocido como de “Los cuellos blancos de puerto” donde estuvieron incursos magistrados del Poder Judicial, fiscales del Ministerio Público y consejeros del hoy suprimido Consejo Nacional de la Magistratura. Sobre este grave episodio que afectó al sistema de la administración de justicia un informe de la Procuraduría Especializada en delitos de corrupción precisó lo siguiente:

“El caso **“Los Cuellos Blancos del Puerto”** representa, sin duda, un claro ejemplo de las debilidades existentes en el propio Estado para prevenir la corrupción. Instancias claves del sistema de justicia fueron capturadas por organizaciones criminales que vieron en este Poder del Estado, un espacio estratégico para obtener una serie de ventajas y ponerse al servicio de determinados intereses económicos y políticos. El caso permite advertir, de manera incuestionable, las dimensiones del daño que, desde esa posición, le puede generar la corrupción al Estado. Los hechos no solamente terminaron afectando la alicaída imagen del Poder Judicial, sino que impactaron directamente en los demás poderes del Estado, generando una de las peores crisis políticas entre los poderes del Estado. En este contexto, corresponde dejar constancia de la actuación obstruccionista de los congresistas de Fuerza Popular y del APRA a las labores de investigación del Ministerio Público. Desde la Sub comisión de Acusaciones Constitucionales, Comisión Permanente y Pleno del Congreso, dichos congresistas bloquearon sistemática y arbitrariamente las denuncias constitucionales presentadas por la Procuraduría Anticorrupción, el Ministerio Público y varios congresistas de la República.”¹².

Otro espacio de continua actividad delictiva que compromete a personas expuestas políticamente en el Perú del bicentenario es el que corresponde a los gobiernos regionales y locales del país. En este nivel, además, se han realizado importantes estudios que

muestran el perfil y las tendencias de lo que constituye un inquietante y activo “circulo de la corrupción”. Al respecto, una de las conclusiones formuladas se refiere a la gravedad de esta problemática del modo siguiente:

“Los gobiernos regionales se han visto seriamente afectados por una dinámica de corrupción, instalada en sus infraestructuras, muy extendida en su actividad, compleja en su funcionamiento y, en muchos casos, muy naturalizada por los propios funcionarios. No es casual que, actualmente, veinte gobernadores regionales en ejercicio se encuentren involucrados en casos de corrupción, ya sea en calidad de investigados o procesados, y que hayan alrededor de cincuenta exgobernadores también procesados por estos hechos”¹³.

También las fiscalías penales especializadas brindan información estadística que complementa la imagen de los delitos de corrupción y lavado de activos donde se encuentran implicadas personas expuestas políticamente. De esta fuente cabe distinguir la presencia en tales actos de altos funcionarios del Estado y de los que fungen como autoridades regionales y locales. Por ejemplo, los datos correspondientes al año 2018 registraron un total de 143 casos referentes a personas expuestas políticamente que se desempeñaban como autoridades nacionales y 109 que ejercían como autoridades regionales.

Es, pues, por esa potencialidad negativa que en el presente los organismos regionales técnicos especializados y los convenios internacionales contra la corrupción y la criminalidad organizada han diseñado e incorporado reglas especiales y procedimientos reforzados de supervisión para prevenir, alertar e interdicar la infiltración en los sectores empresariales y financieros de personas expuestas políticamente que practiquen directa o indirectamente delitos de corrupción o de lavado de activos. En ese sentido, por ejemplo, se ha demandado que “la información sobre personas políticamente expuestas (PEP) es altamente relevante para las instituciones financieras por tratarse de clientes considerados de alto riesgo debido a sus funciones públicas y el nivel de influencia que podrían ejercer”¹⁴. Lo cual se ha convertido también en parte importante e imprescindible de las estrategias y programas internos de prevención y cumplimiento¹⁵.

EL ENRIQUECIMIENTO ÍLÍCITO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Sobre la dinámica operativa de la corrupción en la gestión de los recursos públicos un estudio empírico ha evidenciado que ella posee las siguientes características:

“De los estudios sobre el funcionamiento de este fenómeno en el Perú, podemos obtener dos conclusiones importantes: 1) la corrupción parece estar sistemáticamente caracterizada por el abuso del poder político y la función pública; y 2) el abuso se materializa, principalmente, en la apropiación del recurso público y la distorsión del fin o destino de dichos recursos. Del valioso análisis histórico realizado por Alfonso Quiroz (2013), la corrupción en el país tiene naturaleza política y pública. Política, porque se ha institucionalizado a través de círculos informales de patronazgo y clientelismo para la compra de votos, venta de puestos y cargos públicos, y sobornos a altos funcionarios y personajes de la historia política peruana para la concesión de acuerdos comerciales con claras desventajas para el Estado. Por ello, las estimaciones del autor redundan en los altos costos que representó la corrupción para el erario nacional en sus dos últimos siglos; un promedio anual estimado entre el 30% y 40% del presupuesto público, y alrededor del 3% y 4% de su Producto Bruto Interno (PBI)¹⁶.

Asimismo, otra investigación realizada por la Contraloría General de la República detectó también el relevante porcentaje de costo desagregado que genera al erario nacional esta corrupción administrativa. Entre sus principales conclusiones esta indagación dio a conocer lo siguiente:

“A partir de la valorización efectuada en el marco de servicios de control posterior del perjuicio ocasionado al Estado, se proyectó una medición agregada de la corrupción e inconducta funcional a nivel nacional, sobre la base de la extrapolación del perjuicio identificado sobre el monto de la materia observada en una auditoría. Haciendo este ejercicio, se identificó que alrededor del 15% de la ejecución presupuestaria se habría perdido en un año por este fenómeno, identificando variaciones importantes entre niveles de gobierno, por sector institucional y por tipos de gasto, siendo que, por ejemplo, en obras e inversiones (i.e. genérica de gasto de activos no financieros) es donde se concentra la mayor proporción de perjuicio económico respecto de la ejecución presupuestal; y que en los sectores de transporte, educación y salud se concentran las mayores pérdidas¹⁷.

Ahora bien, resulta pertinente destacar también que todas esa potencialidad y prácticas delictivas dentro de la administración pública peruana se concentra preferentemente en una tipología criminal que está integrada por cinco delitos funcionariales y que son los siguientes: colusión, peculado, corrupción de funcionarios, tráfico de influencias y **enriquecimiento ilícito**¹⁸. A este último hecho punible y a sus características fundamentales en el Código Penal peruano de 1991 nos referiremos a continuación:

El antecedente normativo de la regulación del delito de enriquecimiento ilícito en el Perú se encuentra en el artículo 361°-A del Código Penal de 1924. En el al respecto se establecía que constituía un indicio de enriquecimiento ilícito:

“El aumento del patrimonio del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración o declaraciones juradas de sus bienes y rentas, en fuese notoriamente superior al que hubiera podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos que haya percibido y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier causa justa”.

Actualmente este delito se encuentra tipificado en el artículo 401° del Código Penal de 1991. En lo esencial el legislador nacional reprime al funcionario público que abusando de su cargo incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos. La redacción original de dicha disposición ha sido objeto de sucesivas modificaciones que han procurado ampliar sus alcances típicos, su penalidad y sus circunstancias agravantes específicas. En la actualidad el texto legal vigente es el siguiente:

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

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

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.

La doctrina nacional ha destacado siempre que se trata de un típico delito funcionarial o de infracción de deber donde el sujeto activo solo puede serlo un funcionario o servidor público de cualquiera de las categorías que registra el artículo 425° del Código Penal. Por consiguiente intervención de un tercero sólo puede ser sancionada como modalidad de instigación o complicidad¹⁹. Ahora bien, ha sido también constante el cuestionamiento realizado a su condición de tipo penal de sospecha y que propicia una inversión de la carga de prueba²⁰

El enriquecimiento ilícito que sanciona la ley se materializa a través de actos sucesivos o simultáneos que originan para el sujeto activo un incremento patrimonial indebido. Como esclarece la doctrina especializada, este delito consiste en “enriquecerse sin causa justa.

Lo justo de un enriquecimiento es el poder explicar los orígenes de un incremento patrimonial económico, según la ley y conforme a la ética que son los dos patrones que medirán esta justicia”. Por tanto, “el que el enriquecimiento no sea justificable, es parte estructural del delito de enriquecimiento ilícito y no una mera condición para hacer punible tal enriquecimiento”²¹. En consecuencia, el autor del delito lo realiza acumulativamente a través de diferentes actos irregulares que le van procurando un aumento de sus activos o una disminución de sus pasivos. Sin embargo, tales variaciones de su patrimonio no correspondan al incremento o reducción normales, ordinarios y probables que podrían producirse por efecto de los ingresos o rentas personales lícitas que aquel genera y posee. Lo punible, entonces, deriva de aquellas “conductas anormales mediante las cuales el funcionario incrementa ilícitamente su patrimonio”²².

Cabe señalar que el enriquecimiento ilícito puede ser paulatino y continuo. El, sin embargo, debe generarse necesariamente durante el período de tiempo en que el sujeto activo ejerce la función pública. Vale decir, desde que asume el cargo hasta que cesa en él. Ni antes ni después de tales momentos será posible un acto de enriquecimiento ilícito²³.

El enriquecimiento ilícito no debe, sin embargo, provenir de otros delitos funcionales, como actos de corrupción pasiva, actos de peculado o actos de concusión. En buena cuenta estamos ante un delito de carácter subsidiario²⁴. Sólo en la medida en que el enriquecimiento no se deba a la comisión de otro delito funcional, será posible invocar la tipicidad del artículo 401º del Código Penal. En el derecho extranjero se suele destacar también lo necesario de ese presupuesto negativo.

Es de mencionar que un problema poco soluble para la doctrina y el derecho comparado, se relaciona con el monto económico que representa el enriquecimiento ilícito. La discusión gira en torno a determinar si existe necesidad de considerar un monto mínimo de incremento de activos o disminución de pasivos para poder sostener la presencia del delito que comentamos. Al respecto hay varias alternativas legales. En la legislación argentina, por ejemplo, se ha procurado superar dicha duda estableciendo como condición que el enriquecimiento patrimonial tiene que ser “**apreciable**” (Artículo 268º del Código Penal argentino). Sin embargo, en el caso peruano, como se indicó históricamente se ha señalado que constituye indicio de enriquecimiento ilícito “cuando el aumento del patrimonio o del gasto

económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de sus bienes y rentas, es **notoriamente superior** al que normalmente hubiera podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita” (párrafo tercero del artículo 401ºA del Código de 1991)²⁵. Similar criterio se adopta en el artículo 41º de la Constitución de 1993. En ese sentido, la jurisprudencia ha destacado también que lo pertinente es que se cumplan dos condiciones: “La primera que exista un incremento patrimonial del funcionario; y la segunda que dicho patrimonio aumentado sea del funcionario o servidor público”²⁶.

En el plano subjetivo se trata de un delito doloso donde el autor del delito debe saber que está incrementado o disminuyendo su patrimonio de modo indebido o incoherente con el normal movimiento de su economía personal. Además debe querer alcanzar dicho aumento o disminución realizando actos idóneos para ello²⁷.

El delito de enriquecimiento ilícito es sancionado con penas conjuntas de privación de libertad (no menor de 5 ni mayor de 10 años), multa (no menor de 365 ni mayor de 700 días-multa) e inhabilitación (no menor de 6 meses ni mayor de 10 años). Se contempla además una circunstancia agravante específica cuando el autor del delito es un funcionario que “ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado o está sometido a la prerrogativa del antejuzicio y la acusación constitucional”.

Cabe señalar que conforme al artículo 102º del Código Penal cabe el decomiso de los bienes y ganancias objeto de los delitos de enriquecimiento ilícito.

Notas:

1 Castro Cuenca, CG. Análisis criminológico y político criminal de la corrupción. En Raúl Ernesto Martínez Huamán (director). La corrupción. Criminología, derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal. Editores del Centro. Lima, 2020, p.54.

2 Bejarano, A, JA. Corrupción y escándalos políticos. En Narcotráfico, política y corrupción. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1997, pp.7-15

3 Lamas Puccio, L. Corrupción, cleptocracia y globalización. Lamas Puccio Abogados. Lima. 2019, pp. 122-127.

4 Leví, M-Dakolias, M y Greenberg, T. Lavado de dinero y corrupción. En J. Edgardo Campos y, Sanjay, Pradhan Editores. Las múltiples caras de la corrupción. Aspectos vulnerables por sectores. Banco Mundial. Impreso en Colombia. 2009.

5 Maúrtua de Romaña, Oscar. Editor. Enfoques sobre la corrupción en el Perú. CENTRUMPUCP. Lima. 2018;

6 Cfr. Campos, JE– Pradhan, S. Introducción: enfrentar una pandemia social. En Las múltiples caras de la corrupción. Aspectos vulnerables por sectores. Ob. Cit., pp. xivi-ix.

7 Gómez -Álvarez Díaz, R- Gonzales Luna, L -Hierro, LA. Una revisión del análisis económico de la corrupción. Departamento de Teoría Económica y Economía Política. Universidad de la Rioja.1998, p.2.

8 Company Alcaraz, M. El desafío del criminólogo ante la corrupción. Portal de la Universidad Internacional de Valencia. Publicado el 21 de marzo de 2018, p. 2

9 Montoya Vivanco, Y. Manual sobre delitos contra la administración pública. Idehpucp.Lima.2015, pp. 17-33.

10 Prado Saldarriaga, Víctor. Independencia funcional, corrupción y personas expuestas políticamente: nuevas opciones preventivas. En Roxana Jiménez Vargas Machuca. Coordinadora. Independencia judicial. Visión y perspectivas. Asociación de Jueces para la Justicia y Democracia. Lima. 2007, pp.215-219

11 Montoya Vivanco, Iván. Manual sobre delitos contra la administración pública. Ob.Cit.,pp.11-16.

12 Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción. Corrupción en el sistema de justicia. Caso “Los cuellos blancos del puerto”. Informe Especial. Ministerio de Justicia y derechos Humanos. Lima. 2019, p.137.

13 Vega Luna, Eduardo Ernesto y otros. El Circulo de la corrupción en los gobiernos Regionales. Los casos de Cusco, Ayacucho, Moquegua, Piura y Madre de Dios. Konrad Adenauer Stiftung-Universidad Jesuita Antonio Ruíz de Montoya. Lima. 2018, p.107).

14 Jorge, Guillermo. Identificación e Intercambio de Información de Personas Expuestas Políticamente en los Países de Centroamérica. Banco Interamericano de Desarrollo-BID. Agosto 2018, p. iii

15 Mendoza Llamapconca, F. Lavado de activos y criminalidad empresarial. Jurista Editores. Lima, 2023, pp.629-639.

16 Shack, N., Pérez, J., & Portugal, L.. Cálculo del tamaño de la corrupción y la conducta funcional en el Perú: Una aproximación exploratoria. Documento de Política en Control Gubernamental. Contraloría General de la República. Lima., 2020, p. 15.

17 Shack, N., Pérez, J., & Portugal, L.. Cálculo del tamaño de la corrupción y la conducta funcional en el Perú: Una aproximación exploratoria. Documento de Política en Control Gubernamental. Ob. Cit, p.56.

18 Sobre las características típicas y la dogmática penal sobre estos delitos ver detallados comentarios en Raúl Ernesto Martínez Huamán (director) y otros. La corrupción. Criminología, derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal. Editores del Centro. Lima, 2020, pp.387-411;446-503; 534-586;591-614; 617-637.

19 Salinas Siccha, R. Delitos contra la Administración Pública. Grijley. Lima, 2016, pp.716-719.

20 Vilchez Limay, R. El delito de enriquecimiento ilícito ¿un hecho punible donde se invierte la carga de la prueba?. En Martínez Huamán, R (Director). Delitos contra la Administración Pública. Debates fundamentales. Gaceta Jurídica. Lima. 2022 pp. 601-614.

21 Ferreira Delgado, F. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Temis. Bogotá. 1985, p. 118.

22 Portocarrero Hidalgo, J. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Jurídica Portocarrero. Lima. 1996, p. 229.

23 Montoya Vivanco, Y. Editor. Estudios Críticos sobre los Delitos de Corrupción de Funcionarios en el Perú. Idehpucp Lima. 2012, pp. 64 y ss.

24 Salinas Siccha, R. Delitos contra la Administración Pública. Ob. Cit., p.707.

25 Idem, pp.713-715.

26 Ver. San Martín Castro, C-Pérez Arroyo, M. Jurisprudencia penal, procesal penal y de ejecución penal vinculante y relevante (2004-2017). INPECCP. 2ª. Edición. Lima. 2018, pp.616-619.

27 Salinas Siccha, R. Delitos contra la Administración Pública. Ob. Cit., pp.720-721.

POLONIA

Dra. hab. Blanka Julita Stefańska

Lazarski University - Varsovia

1. INTRODUCCIÓN

El código penal polaco¹ no prevé delito de posesión de elementos de patrimonio que no tengan cobertura en fuentes legales del sujeto, o sea, el delito de enriquecimiento ilícito. Sin embargo, esto no significa que este tipo de comportamiento es irrelevante desde el punto de vista de derecho penal. Tal conducta puede constituir: 1) el delito de blanqueo de capitales (art. 299 CPP); 2) el delito de encubrimiento (art. 291 CPP); 3) los delitos fiscales: a) la ocultación de objeto o base imponible (art. 54 del código penal fiscal²), b) el fraude fiscal (art. 56 CPF). Aparte de las sanciones penales, se podrá imponer también la obligación de pagar el impuesto sobre la renta en tarifa fija (art. 25b ap. 1 de la ley de 26 de julio de 1991 del impuesto sobre la renta de las personas físicas³).

2. BLANQUEO DE CAPITALES

El hecho de usar por el delincuente los “frutos” de su delito, o sea, el hecho de disponer directamente de beneficios procedentes de delito no constituye, como regla general, un delito separado. En tal caso el delincuente responde por el hecho a través del cual obtuvo tales beneficios. La excepción de esta regla la constituye el art. 299 CPP que tipifica el delito de blanqueo de capitales⁴.

Este delito tiene su tipo base (art. 299 § 1 CPP), dos tipos cualificados, agravados por: 1) la actuación con otras personas (art. 299 § 5 CPP), 2) la obtención del beneficio económico relevante (art. 299 § 6 CPP). El beneficio económico relevante es un beneficio que en el momento de la comisión de delito excede 200 000 PLN⁵ (arg. ex art. 115 § 5 CPP).

El tipo base consiste en recibir, poseer, usar, entregar, o transportar al extranjero, ocultar, realizar transferencia o convertir, ayudar a trasladar la propiedad o posesión, o bien realizar otros actos que puedan impedir o dificultar significadamente la constancia de procedencia delictiva o el lugar de ubicación, detección, embargo o decomiso de medios de pago, instrumentos financieros, títulos valores, valores en divisas, derechos patrimoniales u otros bienes muebles o inmuebles procedentes de beneficios relacionados con la comisión de hecho prohibido (art. 299 § 1 CPP). De acuerdo con el art. 115 § 1 CPP, el hecho prohibido es una conducta que cumpla con los elementos determinados en la ley penal. Art. 299 § 1 CPP penaliza el proceso de legalizar medios procedentes de fuentes ilegales mediante su introducción al tráfico económico.

Desde el punto de vista de enriquecimiento ilícito, es importante el elemento de delito en forma de valores patrimoniales procedentes de, *verba legis*, “beneficios relacionados con la comisión de hecho prohibido”. Se trata tanto de la relación directa e indirecta de beneficios con el hecho prohibido⁶. El art. 299 § 1 CPP no requiere que valores patrimoniales sean obtenidos a través de hecho prohibido. Se trata de cualquier beneficio obtenido de la comisión de hecho prohibido. Tendrán la consideración de tales valores patrimoniales también los obtenidos a cambio de objetos procedentes directamente de delito, p. ej. pago por el uso de un bien o intereses de dinero procedente de tráfico de drogas depositado en una cuenta bancaria⁷. Pueden proceder de cualquier hecho prohibido, incluyendo también el delito fiscal que conduzca a la disminución del impuesto. Con razón se señala en la jurisprudencia que el delito fiscal, incluyendo el delito previsto en el art. 56 § 1 CPF, podrá constituir el delito base para el delito del art. 299 § 1 CPP, siempre que resulte de dicho delito perjuicio determinado y concreto para el importe de impuesto, establecido por lo general en la descripción del delito fiscal, que constituya beneficio económico del autor que genere dinero sucio sometido al “lavado”. Por lo tanto, no será suficiente crear el riesgo de disminuir el importe de impuesto. Los recursos procedentes de beneficio económico sometidos al lavado han de ser reales y no podrán ser relacionado únicamente con la sospecha fundada de que procedan de beneficios relacionados con la comisión de hecho prohibido o con la probabilidad de que tal hecho se haya cometido, pero han de ser en tal caso el resultado relacionado con la disminución tributaria⁸. La comisión de hecho prohibido del cual procedan valores patrimoniales no tiene que ser comprobado mediante la sentencia firme.

Esta circunstancia queda sometida a juicio libre del tribunal. Los valores patrimoniales podrán proceder no sólo de la actividad ilegal en su totalidad, pero también de la actividad legal, o sea, inscrita, cumpliendo con todos los requisitos formales, en el marco de la cual se realizan hechos prohibidos que traigan beneficios⁹. Parte de la jurisprudencia no tiene razón, sosteniendo que sólo entran en juego los beneficios obtenidos indirectamente de hecho prohibido¹⁰. El beneficio económico ha de proceder de hecho prohibido cometido por el autor mismo o por otras personas. Con razón el Tribunal Supremo señala que para cumplir con los elementos del delito previsto en el art. 299 § 1 CPP no es suficiente determinar que los valores patrimoniales determinados proceden de cualquier acto antijurídico o de fuente oculta o ilegal. Tampoco es suficiente en este ámbito, determinar en general que el beneficio económico procede de la actividad delictiva, de algún hecho prohibido no determinado o de cierto grupo de delitos (p.ej. delitos contra el patrimonio o fraudes fiscales), sin determinar de qué delito se trata en concreto. El elemento de delito consistente en beneficios relacionados con la comisión de hecho prohibido ha de ser probado en el proceso penal de la misma forma que los demás elementos del delito prescrito en el art. 299 § 1 CPP, aunque el legislador no requiera que el Tribunal determine que el hecho que constituya la fuente de valores patrimoniales que tengan carácter de “delito sucio” cumpla con todos los elementos de delito¹¹.

El delito en su tipo base está castigado con la pena de privación de libertad de 6 meses hasta 8 años y los tipos agravados se castigan con la pena de privación de libertad de un año hasta 10 años.

En caso de condena por el delito en su tipo base y tipos agravados, el Tribunal queda obligado a decomisar los objetos procedentes directa o indirectamente del delito, así como los beneficios de ese delito o su equivalencia, aunque no pertenezcan al delincuente. El decomiso no procede en su totalidad o en parte en caso el objeto, el beneficio o su equivalencia ha de devolverse al perjudicado o a otro sujeto (art. 229 § 7 CPP).

3. ENCUBRIMIENTO

El delito de encubrimiento aparece configurado como el delito doloso (art. 291 CPP) e imprudente (art. 292 CPP). La conducta delictiva consiste en adquirir o ayudar a vender o recibir o ayudar para esconder bienes obtenidos a través de hecho prohibido. El objeto de encubrimiento puede ser no sólo un bien mueble que tenga valor material o inmueble, pero también —de

acuerdo con el art. 115 § 9 CPP— moneda polaca o extranjera, medio de pago, dinero en cuenta o el documento que autorice recibir una cuota de dinero o que contenga la obligación de pago de capital, intereses, beneficios o confirme la participación en una sociedad¹². Según el Tribunal Supremo, la expresión utilizada en el art. 291 § 1 CPP “bienes obtenidos a través de hecho prohibido” ha de ser interpretada como entrar en su posesión como consecuencia de hecho prohibido por las leyes penales. Por lo tanto, esta expresión no equivale a la expresión “bienes procedentes de hecho prohibido” y no comprende casos de producir o transformar bienes de tal forma que obtengan la calidad de ilegales¹³. Se trata únicamente de bienes obtenidos directamente a través de hecho prohibido¹⁴. No concuerdo con los autores que sostienen que no es necesario que el bien proceda directamente de hecho prohibido¹⁵. Sin embargo, no se requiere que el autor de delito de encubrimiento adquiera bienes directamente del autor de hecho prohibido.

Ha de ser un bien que exista y no un bien producido o transformado después de la comisión de hecho prohibido, p. ej. el dinero procedente de una venta¹⁶. Con razón el Tribunal Supremo sostiene que la expresión “bienes obtenidos a través de hecho prohibido” no ha de interpretarse en extenso de tal forma que se admita, que la obtención de bienes a través de hecho prohibido comprenda también su producción delictiva, incluyendo el hecho de poner a los bienes la marca registrada para crear apariencia que dichos bienes son originales. Si tal comportamiento no está comprendido por la expresión “obtención de bienes a través de hecho prohibido, entonces la adquisición de bien con marca puesta ilegalmente no podrá constituir el delito de encubrimiento¹⁷.

En relación con este delito surge el problema de relación entre el delito de encubrimiento doloso (art. 291 § 1 CPP) y el blanqueo de capitales (art. 299 § 1 CPP). La doctrina admite que el blanqueo de capitales es una forma sofisticada de encubrimiento¹⁸. El Tribunal Supremo con razón sostiene que la expresión utilizada en el art. 299 § 1 CPP para determinar el objeto material de delito tiene otro significado que la expresión utilizada en el art. 291 § 1 CPP “bienes obtenidos a través de hecho prohibido”. Sin embargo, esto no quiere decir que del ámbito de “dinero sucio” se excluyen bienes o derechos patrimoniales procedentes directamente de hecho prohibido. La intención del legislador fue determinar los medios que sean objeto de lavado de dinero para abarcar tanto los que tengan directa como la indirecta relación con el hecho prohibido¹⁹. El concepto de “bien obtenido a través de hecho prohibido” no equivale a la

expresión “bienes procedentes de hecho prohibido”.²⁰ La expresión “beneficios relacionados con la comisión de hecho” tiene significado más amplio que la expresión “bien obtenido a través de hecho prohibido”.

4. DELITOS FISCALES

EL hecho de poseer patrimonio procedente de fuentes ocultas puede constituir también los delitos fiscales, o sea, a) la ocultación de objeto o base imponible (art. 54 § 1 CPF), b) el fraude fiscal (art. 56 CPF).

4.1. Ocultación de objeto o base imponible

Constituye el delito fiscal, la evasión fiscal mediante la ocultación ante el órgano competente del objeto de tributo o de la base imponible o bien la falta de presentar la declaración que cause el riesgo de disminución de impuesto (art. 54 § 1 CPF). Este delito aparece en tipo base (art. 54 § 1 CPF) y tipo privilegiado, dado el importe pequeño del impuesto puesto en riesgo de disminución (art. 54 § 2 CPF). El importe pequeño es el valor que a la hora de comisión de hecho prohibido no exceda doscientos veces el salario mínimo (art. 53 § 14 CPF). En caso el importe del impuesto puesto en riesgo a ser disminuido no exceda el umbral legal, o sea, no exceda cinco veces el importe del salario mínimo a la hora de su comisión (art. 53 § 3 CPF), su autor será castigado con la pena de multa por una falta fiscal (art. 54 § 3 CPF).

En actualidad, el salario mínimo vigente a partir de 1 de julio de 2023 asciende a 3.600,00 PLN²¹ (§ 3 del reglamento del Consejo de Ministros de 13 de septiembre de 2022 sobre el importe del salario mínimo y el importe de salario por hora en el año 2023²²).

Este delito no está relacionado con la ocultación de la renta, sino con la ocultación de base imponible u objeto de impuesto determinado²³. El contribuyente queda obligado a revelar el objeto o la base imponible ante el órgano competente, señalado en las leyes tributarias. Se trata de ocultar el objeto o la base imponible cuando el contribuyente tenga la obligación tributaria, comprende casos de los llamados tributos de autoliquidación²⁴. No se aplica a los casos cuando la obligación nace en virtud del acto expedido por el órgano tributario. Dependiendo, por tanto, del tributo en cuestión, este hecho podrá cometerse mediante la ocultación de objeto de tributo o de la base imponible o mediante la falta de presentar la declaración imprescindible para revelarlos.

Este delito podrá ser cometido únicamente por la persona que tenga la obligación tributaria impuesta por

la ley a revelar el objeto del tributo o su base imponible, o bien a presentar la declaración imprescindible para su revelación.

El objeto de tributo, de acuerdo con el art. 54 CPF, podrá ser únicamente la actividad legal. La tributación de ingresos procedentes de actividad ilícita o reprochable desde el punto de vista de la moral, conllevaría su legalización. El Estado no admite hechos reprochables y por tanto no los somete a tributos, ya que no quiere participar en los beneficios procedentes de ellos²⁵.

La puesta en riesgo de disminuir el impuesto ha de aparecer conjuntamente con una de las conductas prescritas del autor. La puesta en riesgo de disminuir el tributo mediante un hecho prohibido consiste en — de acuerdo con la definición legal— producir el riesgo concreto de tal disminución. Esto significa que la existencia de perjuicio financiero es altamente probable, aunque no haya de aparecer (art. 53 § 28 CPF). Con razón afirma el Tribunal Supremo que la puesta en riesgo de disminuir el impuesto ha de entenderse como acción u omisión de sujeto pasivo de la relación tributaria que conlleve a la diferencia entre el importe de impuesto debido a la Tesorería y el importe de impuesto a pagar según la declaración. La puesta en riesgo de disminuir el impuesto consiste sobre todo en no declarar el importe debido del impuesto, del cual evade el autor y, en particular, en falta de notificar al órgano tributario del objeto de tributo, falta de notificar datos que puedan ser relevantes a la hora de determinar la obligación tributaria o su importe o bien en notificar datos falsos o llevar libros contables de forma descuidada, así como cualquier otra acción que como consecuencia produzca la diferencia entre el importe debido y el importe revelado en la declaración tributaria²⁶.

Dado que el art. 54 CPF se refiere sólo a la ocultación por el sujeto obligado ante el órgano competente del objeto o de la base imponible del impuesto del cual ya existía la obligación tributaria en el ejercicio fiscal, este precepto no penaliza la falta de pagar en plazo el impuesto en tarifa fija de 75 % de renta procedente de fuentes ocultas, ya que en el periodo tributario tal obligación todavía no ha existido y nació después de la expedición y notificación del acto del órgano tributario sobre la aplicación del impuesto en tarifa fija en cuestión²⁷.

Este delito en su tipo base está castigado con la pena de multa de hasta 720 cuotas diarias o con la pena de privación de libertad o con ambas penas (art. 54 § 1 CPF). El tipo privilegiado está castigado con la pena de multa de hasta 720 cuotas diarias (art. 54 § 2 CPF).

4.2. Fraude fiscal

El delito de fraude fiscal consiste en presentar por el sujeto obligado de la declaración o testimonio falso o que oculte la verdad ante órgano tributario, otro órgano autorizado o bien en falta de cumplir con la obligación de notificar la modificación de datos comprendidos en estos documentos y poner en consecuencia en riesgo que el impuesto se disminuya (art. 56 § 1 CPF).

El art. 56 CPF prevé el tipo base de delito (§1) y el tipo privilegiado (§2) cuando el importe de impuesto puesto en riesgo de ser disminuido es pequeño, o sea, cuando a la hora de cometer el hecho prohibido no exceda doscientas veces el salario mínimo (art. 53 § 14 CPF), así como dos tipos de faltas fiscales, incluyendo cuando el importe de impuesto puesto en riesgo de ser disminuido no exceda su umbral legal (§ 3 y 4).

Es una norma penal en blanco, ya que los elementos del tipo se han de complementar con los elementos regulados en las leyes tributarias²⁸. La conducta delictiva consiste en inducir el órgano tributario al error mediante la notificación de circunstancias falsas que sean relevantes para la determinación del importe de impuesto. Se trata de declaraciones o testimonios falsos que afecten la disminución de impuesto, p. ej. disminución de ingresos, incremento de costes, deducciones tributarias falsas, ocultación de fuentes de ingresos, incremento de impuesto sobre el valor añadido soportado, disminución de volumen de negocio.

La declaración y el testimonio son documentos que sirven para calcular el impuesto. Declarar datos falsos significa proporcionar datos que no estén conformes con la realidad, p. ej. efectuar deducciones fiscales, a pesar de que los hechos que los permitan no hayan tenido lugar, o bien presentar el testimonio falso al fisco, relativo a la falta de otros fuentes de ingresos para el impuesto anual o notificar hechos que hayan tenido lugar, pero que no están comprendidos por las leyes tributarias y hacer, en base de ellos, cálculos relevantes para el importe de base imponible y del impuesto. La ocultación de verdad significa ocultar ciertos datos relevantes para determinar el importe correcto de la obligación tributaria, p. ej. la ocultación de algunos ingresos²⁹.

La conducta ha de poner en riesgo la disminución de impuesto, no se requiere que se disminuya. Sin embargo, aplicando el argumento *a minori ad maius*, se comete este delito también cuando el impuesto llegue a disminuirse³⁰. Queda penalmente irrelevante la conducta del sujeto que consista en notificar al órgano in-

formación falsa que no afecte el importe y contenido de la obligación tributaria³¹.

5. TRIBUTACIÓN DE INGRESOS NO REVELADOS EN LAS FUENTES DE INGRESOS O PROCEDENTES DE FUENTES OCULTAS

Independientemente de las sanciones penales por el hecho que consiste en obtener ingresos no comprendidos en las fuentes reveladas o procedentes de fuentes ocultas, es posible aplicar sanción financiera, llamada también como sanción administrativa tributaria³². Desde el punto de vista normativo —de acuerdo con el art. 25e de la ley del impuestos sobre la renta de las personas físicas— es el impuesto de tarifa fija.

Quedan sometidos a este impuesto los ingresos:

- 1) no justificados en las fuentes reveladas que comprenden los ingresos de las fuentes señaladas por el sujeto obligado, pero revelados en un importe incorrecto;
 - 2) procedentes de fuentes ocultas que comprenden los ingresos de fuentes no señaladas por el sujeto obligado y no determinadas por el órgano tributario;
- en el importe correspondiente al superávit de gasto sobre ingreso (renta) tributado o ingreso (renta) no tributado, obtenido antes de incurrir dicho gasto (art. 25b ap. 1 de la citada ley).

Se trata de ingresos que el sujeto obligado no pueda o no quiera notificar al órgano tributario³³. La circunstancia que indica que tales ingresos existen puede consistir en la consumición excesiva del sujeto obligado en relación con los ingresos notificados para su tributación, en particular cuando el sujeto obligado posea bienes muebles de valor importante, invierta en inmuebles, demuestre pérdidas de la actividad económica o ingresos bajos y al mismo tiempo sus gastos indiquen ingresos importantes, posea numerosas cuentas bancarias, siendo una persona joven, adquiera bienes de valor importante, sea sospechado de actos de carácter corrupto o participe en operaciones ficticias³⁴.

Este impuesto no será aplicable para el caso cuando definitivamente se revele fuentes de ingresos, incluso poco antes de la emisión de acto que fije tal impuesto³⁵. El Tribunal Supremo con razón destaca que el ingreso de fuente que no haya sido revelada por el sujeto obligado en la declaración de impuesto no equivale al ingreso de fuente oculta³⁶.

La obligación tributaria en cuanto a los ingresos no cubiertos por las fuentes reveladas o procedentes de fuentes ocultas nace el último día del ejercicio fiscal, en

el cual tuvo lugar el ingreso por el importe equivalente al superávit de gasto sobre el ingreso (renta) tributada o ingreso (renta) no tributada (art. 25c de la citada ley).

La base imponible de ingresos no cubiertos por las fuentes reveladas o procedentes de fuentes ocultas constituye el ingreso correspondiente al superávit de gasto sobre el ingreso (renta) tributada o ingreso (renta) no tributada. En caso en un ejercicio fiscal exista más de un superávit, la base imponible será la suma de ingresos correspondientes al importe de superávit de gastos sobre los ingresos (rentas) tributados o ingresos (rentas) no tributados (art. 25d de la citada ley). Se trata de ingreso correspondiente al importe de superávit de gasto sobre ingresos (rentas) tributados o ingresos (rentas) no tributados³⁷. La existencia de tal superávit tiene lugar en virtud de determinación cronológica de gastos e ingresos. Esto permite determinar si el gasto tiene cobertura en los ingresos obtenidos anteriormente y si aparece el superávit de gastos sobre ingreso (renta) tributado o no tributado³⁸.

Se entiende por gasto el valor de bienes acumulados durante el ejercicio fiscal o el importe de recursos gastados durante el ejercicio fiscal, en caso no sea posible determinar el ejercicio fiscal durante el cual estos bienes fueron acumulados. Por ingreso (renta) tributado se entiende valores puestas a disposición del sujeto obligado antes del gasto que cumplan conjuntamente los siguientes requisitos: 1) su procedencia quedó determinada en cuanto al título, importe y periodo de obtención; 2) es posible determinar o fijar la obligación tributaria en cuanto al valor que sea relevante para determinar tal obligación, o dicha obligación haya sido determinada o fijada o haya sido declarada (art. 25b ap. 2 y 3 de la citada ley).

Se considera ingreso (renta) no tributado valores puestas a disposición del sujeto obligado antes del gasto, cuya procedencia se determinó en cuanto al título, valor y periodo de obtención y los que 1) estaban exentos del impuesto en virtud de leyes especiales o 2) no estaban sometidos al impuesto en virtud de leyes especiales, o bien 3) estaban sometidos al impuesto, sin embargo la obligación tributaria no nació o se extinguió debido a: a) renuncia de cobro de impuesto, b) sobreseimiento de deuda fiscal, c) exoneración de obligación de pago de impuesto, d) prescripción (art. 25b ap. 4 de la citada ley).

Sobre los ingresos no cubiertos por las fuentes reveladas o procedentes de fuentes ocultas se aplica el impuesto de tarifa fija de 75 % de la base imponible (art. 25e de la citada ley).

El importe de este impuesto lo fija, mediante un acto administrativo, el órgano tributario competente, por el ejercicio fiscal correspondiente al ingreso que equivalga al importe de superávit (art. 25f de la citada ley). El órgano tributario ha de demostrar que los gastos incurridos durante el ejercicio fiscal y el valor de patrimonio acumulado no están cubiertos por los ingresos obtenidos y revelados por el sujeto obligado. El sujeto obligado, por su parte, ha de demostrar que los gastos sí han sido cubiertos por el patrimonio acumulado anteriormente o que durante el ejercicio fiscal sometido al control su ingreso ha sido superior, o bien que los gastos reales o el valor de patrimonio acumulado durante el ejercicio en cuestión es menor³⁹.

En relación con este impuesto surge una duda, si es posible la responsabilidad del sujeto obligado por el hecho que consista en evasión fiscal del impuesto de la renta sobre las personas físicas mediante la ocultación al órgano competente del objeto o de la base imponible o falta de presentar la declaración, poniendo así en riesgo la disminución del impuesto (art. 54 § 1 CPF) en caso ya se le haya obligado a pagar el impuesto de tarifa fija. El Tribunal Constitucional considera que cabe tal posibilidad⁴⁰. Es una cuestión que despierta controversias, ya que en realidad el sujeto obligado responde dos veces por el mismo hecho.

6. CONCLUSIONES

El código penal polaco no tipifica el delito de poseer bienes no justificados por fuentes legales. Este tipo de comportamiento puede constituir 1) el delito de blanqueo de capitales (art. 299 CPP); 2) el delito de encubrimiento (art. 291 CPP); 3) los delitos fiscales: a) la ocultación de objeto o base imponible (art. 54 CPF), b) el fraude fiscal (art. 56 CPF). Aparte de la responsabilidad penal, sobre los ingresos no cubiertos por las fuentes relevadas o procedentes de fuentes ocultas podrá devengarse el impuesto de tarifa fija de 75 % de la base imponible de estos ingresos (art. 25e de la ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas).

Notas:

1 Ley de 6 de junio de 1997 —Código penal (B.O. de 2022, asiento 1138 con cambios posteriores), en adelante CPP.

2 Ley de 10 de septiembre de 1999 —Código penal fiscal (B.O. de 2023, asiento 654 con cambios posteriores), en adelante CPF.

3 B.O. de 2022, asiento 2647 con cambios posteriores.

4 Sentencia del Tribunal de Apelación de Varsovia de 8 de octubre de 2018, II AKA 42/18, LEX núm. 2623285.

5 Aprox. 45 063,80 €.

6 Acuerdo del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2013., I KZP 19/13, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 2014, núm. 1, poz. 1; auto del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2010, II KK 226/09, LEX núm. 590212; auto del Tribunal de Apelación de Katowice de 15 de julio de 2009, II AKZ 417/09, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2010, núm. 11, poz. 55; sentencia del Tribunal de Apelación de Katowice de 14 de diciembre de 2012, II AKA 324/12, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2013, núm. 5, poz. 68; W. Wróbel, Sz. Tarapata [en:] Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278-363 k.k., W. Wróbel, A. Zoll (dires.), t. III, Varsovia 2022, p. 742; J. Potulski [en:] Kodeks karny. Komentarz, R.A. Stefański (dir.), Varsovia 2023, p. 1905.

7 Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2021, III CSKP 80/21, LEX núm. 3108594.

8 Sentencia del Tribunal de Apelación de Katowice de 28 de enero de 2019, I AKA 154/18, LEX núm. 2728396, sentencia del Tribunal de Apelación de Katowice de 5 de abril de 2018, II AKA 273/17, LEX núm. 2490242; acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2015, I KZP 5/15, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 2015, núm. 7, poz. 55.

9 K. Patora, Ograniczenia możliwości zastosowania znamienia pochodzenia "korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego" z art. 299 § 1 Kodeksu karnego, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2019, núm. 1, p. 18.

10 Sentencia del Tribunal de Apelación de Wrocław de 21 de febrero de 2012, II AKA 338/11, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2014, núm. 1, poz. 82; sentencia del Tribunal de Apelación de Katowice de 21 de abril de 2011, II AKA 20/11, LEX núm. 846478; sentencia del Tribunal de Apelación de Wrocław de 10 de abril de 2013, II AKA 78/13, LEX núm. 1322873; J. Skorupka, Pojęcie „brudnych pieniędzy” w prawie karnym, Prokuratura i Prawo 2006, núm. 11, s. 45.

11 Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2013, III KK 455/12, LEX núm. 1321751.

12 E. Pływaczewski, Przestępstwo paserstwa w ustawodawstwie polskim, Toruń 1986, p. 63.

13 Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2022, II KK 569/21, LEX núm. 3369858.

14 Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1971, I KR 265/70, Orzecznictwo Sadu Najwyższego Prokuratury Generalnej 1971, núm. 7, poz. 131; acuerdo del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2008, I KZP 8/08, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 2008, núm. 7, poz. 52; sentencia del Tribunal de Apelación de Varsovia de 22 de mayo de 2013, II AKA 120/13, LEX núm. 1331114; sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2011, III KK 62/11, LEX núm. 784952; sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2010, III KK 29/10, LEX núm. 843374; L. Wilk [en:] Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Art. 222-317, M. Królikowski, R. Zawłocki (dires.), t. II, Varsovia 2017, p. 774.

15 M. Kulik [en:] Kodeks karny. Komentarz, M. Mozgawa (dir.), Varsovia 2009, p. 861.

16 M. Guzik-Makaruk, E. Pływaczewski [en:] System Prawa Karnego. Przepisów przeciwko mieniu i gospodarcze. R. Zawłocki (dir.), t. 9, Varsovia 2011, p. 256; D. Mucha, Przepisów paserstwa w kodeksie karnym, Opole 2014, p. 94; L. Wilk [en:] Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Art. 222-317, M. Królikowski, R. Zawłocki (dires.), t. II, Varsovia 2017, p. 774.

17 Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2011, III KK 62/11, LEX núm. 784952; sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2010, III KK 426/09, LEX núm. 560598.

18 K. Buczkowski, M. Wojtaszek, Pranie pieniędzy, Varsovia 2001, p. 31.

19 Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2014, IV KK 295/13, Prokuratura i Prawo -wkładka 2014, núm. 4, poz. 8.

20 Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2010, III KK 29/10, LEX núm. 843374.

21 Aprox. 811,15 €.

22 B.O. de 2022, asiento 1952.

23 T. Oczkowski, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10czerwca 2009 r., II KK 20/09, Przegląd Orzecznictwa Podatkowego 2014, núm. 1, p. 27–29.

24 H. Dzwonkowski, Samowymiar zobowiązań podatkowych, Państwo i Prawo 2004, z. 12, p. 40-51.

25 Auto del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2015, III KK 313/14, LEX núm. 1648188; acuerdo del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1973, VI KZP 13/73, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 1973, núm. 9, poz. 104; sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1976, VI KZP 47/75, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 1976, núm. 4-5, poz. 56; sentencia del Tribunal de Apelación de Lublin de 9 de Agosto de 2012, II AKa 111/12, LEX núm. 1237245.

26 Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2003, IV KKN 21/00, LEX núm. 77435.

27 Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2009, II KK 20/09, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 2009, núm. 11, poz. 95.

28 Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2019, IV KK 730/18, LEX núm. 3562478.

29 T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Varsovia 2009, p. 295.

30 Sentencia del Tribunal de Apelación de Łódź de 12 de septiembre de 2013, II AKa 116/13, LEX núm. 1381434.

31 Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2015, III KK 407/14, LEX núm. 1678967.

32 Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de abril de 2011, P 90/08, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A 2011, núm. 3, poz. 21.

33 Sentencia del Tribunal Superior de Administración de 11 de septiembre de 1997, SA/Sz 769/96, LEX núm. 31991.

34 A. Pożarowska, Opodatkowanie przychodów ze źródeł nieujawnionych, Poradnik Gazety Prawnej 2001, núm. 46.

35 R. Sowiński. Opodatkowanie dochodów z nieujawnionych źródeł przychodów lub nieznanających pokrycia w ujawnionych źródłach, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2005, núm. 1, p. 137.

36 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2002, III RN 55/01, LEX núm. 52328.

37 M. Brzostowska, P. Kubiesa, PIT. Komentarz, Varsovia 2023, p. 550.

38 W. Miemiec, Opodatkowanie przychodów nieznanających pokrycia w ujawnionych źródłach lub pochodzących ze źródeł nieujawnionych, Acta Universitatis Wratislaviensis -Przegląd Prawa i Administracji 2015, t. CIII, p.269.

39 Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2013, SK 18/09, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego - Seria A 2013, núm. 6, poz. 80; sentencia del Tribunal Constitucional de

29 de julio de 2014, P 49/13, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego - Seria A 2014, núm. 7, poz. 79; sentencia del Tribunal Superior de Administración de 6 de abril de 2017, II FSK 680/15, LEX núm. 2287139; sentencia del Tribunal Superior de Administración de 16 de febrero de 2017, II FSK 59/15, LEX núm. 2239159; sentencia del Tribunal Superior de Administración de 4 de marzo de 2020, II FSK 974/18, LEX núm. 3020223; I. Kaczorowska, Ciężar dowodu w postępowaniu w sprawie nieujawnionych źródeł przychodów. Wyrok NSA z dnia 7 czerwca 2022 r., II FSK 2808/19, Przegląd Podatkowy 2022, núm. 10, p. 46-48.

40 Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de abril de 2011, P 90/08, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A 2011, núm. 3, poz. 21.

PORTUGAL

Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Faculdade de Direito da

Universidade Nova de Lisboa

(Nova School of Law)

(fcostapinto@novalaw.unl.pt e

www.novalaw.unl.pt)

I. CRÓNICA DE UMA HISTÓRIA LEGISLATIVA ACIDENTADA

1. O tema do enriquecimento ilícito atravessou o ordenamento jurídico português na segunda década deste século como um cometa atrevido e arrogante, com um trajeto luminoso, mas profundamente errático.

Entre clamores de escândalo pela suposta “lacuna” do sistema penal nacional ao não contemplar tal incriminação ou intervenções públicas e abaixo-assinados reclamando a sua criação, o percurso legislativo arrancou forte, amparado numa maioria parlamentar de direita, com alguns apoios da esquerda, e terminou sem glória, com fortes críticas da doutrina e declarações de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional.

Para a história do processo legislativo e de forma a compreender as suas vicissitudes (essencial para evitar erros futuros, já anunciados para a próxima legislatura por um dos partidos políticos) é relevante conhecer a estrutura e o conteúdo dos tipos incriminadores propostos para o efeito. Para o efeito, irei reproduzir as próprias normas legais, supondo que tal terá interesse numa secção de soluções penais comparadas.

2. Em 2011, o Parlamento aprovou uma iniciativa legislativa que contemplava a criação de um novo tipo incriminador do enriquecimento ilícito, com o aditamento de um artigo ao Código Penal, com a seguinte

estrutura típica e algumas definições materiais que delimitariam o seu âmbito:

“Artigo 335.º-A

Enriquecimento ilícito

1.– Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou colectiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2.– Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.

3.– Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada.

4.– Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

5.– Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.”

Para além deste crime comum, o legislador pretendia criar um crime específico, com o mesmo conteúdo, dirigido aos funcionários, de que se reproduz aqui apenas o tipo base:

“Artigo 386.º

Enriquecimento ilícito por funcionário

1.– O funcionário que, durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou colectiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal. (...)”

A solução de 2011 foi reprovada pelo Tribunal Constitucional, em fiscalização preventiva, com os fundamentos adiante referidos.

3. Em 2015, o Parlamento retoma a iniciativa procurando contornar as objecções do Tribunal Constitucional em relação ao projecto anterior. Para o efeito, altera a epígrafe do crime (agora designado como “enriquecimento injustificado”), elimina o elemento “sem origem lícita determinada” (uma causa de exclusão da tipicidade incluída no número 1 do texto de 2011) e passa ainda a explicitar num número autónomo (n.º 2) a danosidade do facto em causa:

“Artigo 335.º-A

Enriquecimento injustificado

1.– Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou colectiva, adquirir, possuir ou detiver património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados é punido com pena de prisão até 3 anos.

2.– As condutas previstas no número anterior atentam contra o Estado de direito democrático, agredem interesses fundamentais do Estado, a confiança nas instituições e no mercado, a transparência, a probidade, a idoneidade sobre a proveniência das fontes de rendimento e património, a equidade, a livre concorrência e a igualdade de oportunidades.

3.– Para efeitos do disposto no n.º 1, entende-se por património todo o ativo patrimonial líquido existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.

4.– Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens declarados, ou que devam ser declarados, todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como os rendimentos e bens objeto de quaisquer declarações ou comunicações exigidas por lei.

5.– Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 350 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

6.– Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 500 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.”

A iniciativa do Parlamento acolheu ainda a criação de um tipo incriminador com um âmbito material semelhante, mas uma pena mais elevada (prisão até 5 anos), para os titulares de cargos políticos (um aditamento à Lei n.º 34/87, de 16 de Julho), nos seguintes termos:

“Artigo 27.º-A

Enriquecimento injustificado

1.– O titular de cargo político ou de alto cargo público que durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou colectiva adquirir, possuir ou detiver património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados é punido com pena de prisão até 5 anos. (...)”

4. Também esta solução foi declarada inconstitucional em fiscalização preventiva, com vários argumentos relevantes, num acórdão de 2015 a que se faz adiante referência.

II. A DECISÕES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E A CRÍTICA DOUTRINÁRIA

5. A solução acolhida na Lei de 2011 mereceu forte crítica da doutrina penal e foi, ademais, considerada inconstitucional pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, essencialmente por três motivos: por um lado, o Tribunal entendeu que a configuração legal da incriminação não permitia identificar com clareza e segurança um bem jurídico digno de tutela penal; foi, por outro lado, apontado o facto de o tipo incriminador não permitir a identificação clara e segura da conduta proibida; finalmente, foi considerado que o tipo incriminador, ao presumir a origem ilícita do património incongruente com os valores declarados, organizava-se com base numa solução incompatível com o princípio da presunção da inocência do arguido, já que cabia a este afastar a presunção legal de ilicitude através de prova apresentada no processo que o património em causa tinha uma origem lícita, sob pena de se considerar realizado o tipo.

6. A segunda iniciativa legislativa, aprovada em 2015, quanto à criação do crime de “enriquecimento injustificado” levou a nova declaração de inconstitucionalidade através do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015, com fundamento na violação do princípio da legalidade criminal, da necessidade de pena e da presunção de inocência do arguido. Ou seja, a nova formulação do tipo legal não permitiu superar os problemas da solução anterior.

Na verdade, o Tribunal Constitucional desconsiderou o facto de o legislador ter procurado declarar normativamente quais os bens jurídicos prosseguidos ou as finalidades de tutela. Matéria própria de uma exposição de motivos, mas não de uma norma legal. Norma essa que, em si mesma, não dispensa a indagação sobre a legitimidade constitucional do âmbito de tutela concretamente traçado pelo legislador. Assim, continuará a subsistir uma imprecisão intolerável quanto ao bem jurídico tutelado pela incriminação.

Noutro plano, o legislador acaba por declarar punível um facto algo impreciso e pouco claro em termos de recorte típico, porque em última instância centra a incriminação na incongruência entre o património detido e o património declarado. O que permite igualmente questionar se será o Direito Penal o meio necessário para reagir a tal situação e se será legítimo o poder punitivo incidir sobre “situações” ou “estados de coisas”, enquanto núcleo essencial da tipicidade penal. Mas independente disso, à luz do princípio da legalidade criminal, subsiste a imprecisão sobre a questão de sa-

ber qual é exactamente a conduta humana objecto de censura jurídico-penal.

Finalmente, o Tribunal Constitucional considerou que a reformulação do tipo incriminador não eliminava a sua contradição com o princípio da presunção da inocência do arguido. Ao centrar o núcleo essencial no crime na discrepância entre o património detido e o património declarado o legislador presume (no plano material) a ilicitude do facto e inverte (no plano processual) o ónus da prova, exigindo que o arguido venha ao processo provar a origem lícita do património como forma de obstar à punição.

7. Todo este processo foi acompanhado de forma muito crítica pela doutrina penal, que se fez ouvir na Academia, em escritos publicados e também nas audições parlamentares que pontuaram o trânsito legislativo. A título ilustrativo, pronunciaram-se contra este tipo de soluções, entre outros, Manuel da Costa Andrade (“Enriquecimento ilícito: entre Cilas e Carídis”, *Público* de 28.10.2011, p. 38), José de Faria Costa, “Crítica à tipificação do Crime de Enriquecimento Ilícito: *plädoyer* por um Direito Penal não Iliberal e Ético-socialmente Fundado”, *RLJ* ano 141, n.º 3973 (2012), p. 249 e ss) e Pedro Caeiro (“Quem cabritos vende e cabras não tem...”, *Escritos Breves*, Instituto Iuridico, FDUC, n.º 1 (2015), p. 7-11). Apontando, exactamente e entre outros aspectos, a imprecisão e indeterminabilidade do tipo, a colisão com a protecção constitucional da presunção de inocência do arguido ou a falta de justificação convincente para a necessidade da punição. Os reparos e a argumentação apresentada não convenceram o legislador, mas tiveram eco no Tribunal Constitucional.

III. O PACOTE LEGISLATIVO DE COMBATE À CORRUPÇÃO E A INCRIMINAÇÃO DAS DECLARAÇÕES FALSAS SOBRE OS RENDIMENTOS DOS TITULARES DE CARGOS POLÍTICOS

8. O problema da necessidade e da legitimidade de se punirem criminalmente estas situações de “enriquecimento ilícito” ou “injustificado” voltou a colocar-se quando, no final de 2021, o legislador aprovou um extenso pacote legislativo com medidas preventivas e repressivas da corrupção. Entre essas medidas, passou a incluir (através da Lei n.º 4/2022, de 6 de Janeiro) na lei de titulares de cargos políticos (Lei n.º 52/2019, de 31 de Julho) o crime de desobediência qualificada por omissão de entrega de declarações devidas (que já existia aliás na lei portuguesa, como sublinhou Damião

da Cunha) após notificação para tal e a ocultação intencional de património.

O texto da “nova” incriminação é o seguinte:

“Artigo 18.º-A

Desobediência qualificada e ocultação intencional de património

1.– Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a não apresentação da declaração prevista no artigo 13.º, após notificação, é punida como crime de desobediência qualificada, com pena de prisão até três anos.

2.– Quem:

a) Não apresentar a declaração devida nos termos dos n.os 3 e 4 do artigo 14.º, após notificação;

b) Não apresentar intencionalmente a declaração devida nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 14.º;

c) Omitir das declarações apresentadas, com a intenção de ocultar: i) Os elementos patrimoniais constantes das alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo 13.º; ou ii) O aumento dos rendimentos, do ativo patrimonial ou da redução do passivo, bem como os factos que os originaram, nos termos do n.º 6 do artigo 14.º; é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se consequências punitivas mais graves não tiverem lugar.”

9. O centro da ilicitude penal altera-se novamente e reporta-se agora à violação de uma obrigação declarativa de certas pessoas (titulares de cargos políticos e altos quadros públicos) e à ocultação intencional de património para o efeito.

IV. LIÇÕES A RETER SOBRE LEGITIMIDADE DO PODER PUNITIVO E A TÉCNICA DE TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES

10. Os vários momentos do processo legislativo que foram enunciados permitem, à luz da análise doutrinária referida, algumas conclusões importantes sobre as técnicas de tipificação dos crimes e sobre a legitimidade do poder punitivo estatal. Salientamos apenas três aspectos, entre muitos outros que se poderiam identificar:

a) Em primeiro lugar, a oscilação significativa do conteúdo do tipo nas três soluções apresentadas. Em 2011, o legislador tenta punir aquisição, detenção ou posse de património com origem ilícita (Pedro Caeiro), presumindo essa ilicitude até prova em contrário feita pelo arguido. Em 2012, é o próprio desfazamento patrimonial que é típico (Pedro Caeiro) e em 2021 é o não cumprimento de uma obrigação declarativa existente. Bem se pode por isso dizer que o poder legislativo apostas em “incriminações erráticas” (Pedro Caeiro). Não é indiferente identificar o objecto da incriminação, quer para aferir o cumprimento do princípio da legalidade, quer para avaliar a necessidade de punição. Mas ainda e também para questionar (com Faria Costa) a

legitimidade do poder punitivo em eleger como núcleo do tipo incriminador situações ou estados de coisas, não explicados ou incómodos. Uma linha de intervenção que se afasta do Direito Penal do facto e da conduta ilícita como núcleo essencial dos tipos incriminadores.

b) Em segundo lugar, o processo legislativo documenta a derrogação material (e processual) do princípio da presunção de inocência ao delimitar o tipo incriminador com uma presunção de ilicitude quanto à origem do património discrepante, acompanhada da transferência do ónus da prova da origem lícita que fica a cargo do arguido. Um recuo civilizacional em relação à conquista que obriga o Ministério Público a provar (com factos e meios de prova) a ilicitude do comportamento do agente (Costa Andrade). E que inutiliza, além do mais, o direito do arguido ao silêncio, já que o silêncio do mesmo apenas confirmará a presunção de origem ilícita do património detido. Em suma, a inversão do ónus da prova feita no tipo incriminador inutiliza o direito ao silêncio do arguido no processo. No plano dogmático, o tipo incriminador implica ainda um desfazamento entre o facto (ou a situação) que realiza o tipo e o juízo de ilicitude, pois o legislador presume a ilicitude do património detido, mas na verdade a mesma só se verificará se não for feita a prova contrária pelo arguido. Pelo que à data dos factos não é evidente a ilicitude dos mesmos. Também por isso o tipo é intrinsecamente impreciso, pois não identificar claramente uma conduta ilícita do agente que permite convocar o tipo incriminador.

c) Por último, mas não menos importante, este processo legislativo demonstra que o método e os instrumentos hermenêuticos de análise crítica do Direito Penal não são passíveis de apropriação e de manipulação pelo legislador. A ausência de um bem jurídico, claro e determinável, não se pode ultrapassar “por decreto”, com “uma norma risível” (Pedro Caeiro) que enuncia em texto normativo o elenco de bens jurídicos que o legislador pretende tutelar. Norma essa desconsiderada explicitamente pelo Tribunal Constitucional ao afirmar que tal exercício não dispensava o controlo hermenêutico de constitucionalidade da opção legislativa.

11. Com isto poderíamos pensar que o assunto estava definitivamente encerrado. Mas não: em declarações recentes (14 de Novembro de 2023) o líder do maior partido da oposição afirmou publicamente, perante o cenário de eleições antecipadas, que tinha a intenção de recuperar o tema o enriquecimento ilícito e ultrapassar as divergências com o Tribunal Constitucional. Tal como o moleiro da outra história, esperemos que “haja juízes em Berlim”.

REPÚBLICA DOMINICANA

Dra. Ana Cecilia Morún Solano

Prof. Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD)

Lic. John Charles Sirvent Istúriz

Abogado

La frecuencia con la cual se comete el delito de Enriquecimiento Ilícito a nivel mundial, así como otros delitos de corrupción, sin lugar a dudas ha sido uno de los factores causantes de la mala reputación que tiene la política y los funcionarios públicos en muchos países.

El político y/o funcionario público corrupto que ejerce funciones de poder o que administra los bienes del Estado, no es, ni será naturalmente el más interesado en que este delito se persiga con la intensidad y determinación que los ciudadanos reclaman (hasta que ocurra una verdadera evolución del ser humano y su sociedad), y ello se debe, como es lógico, a que el sujeto activo de este delito es precisamente esa persona que ocupa un cargo público, que generalmente es influyente en su esfera de poder (en mayor o menor medida dependiendo de su cargo) y que está incrustado en el Estado y sus instituciones aprovechando su posición para cometer sus fechorías, es decir, que tiene una calidad compartida de funcionario público con las demás personas llamadas a actuar con vehemencia contra la corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, ya sea legislando, investigando, colaborando, persiguiendo judicialmente o juzgando, según sea el caso.

A pesar de ello, vemos con agrado cada vez que se toman nuevas medidas, se promulgan leyes o se logran condenas contra los culpables de los delitos de corrupción, avances que son fomentados en buena medida por la indignación que produce la comisión de estos delitos en la sociedad. Sucede que, eventualmente, la necesidad de justicia es capaz de romper el cerco de resistencia que una parte de la clase política (la corrupta) ha edificado a su alrededor para que prevalezca la impunidad.

Principalmente, son los países menos desarrollados y sus ciudadanos los que más sufren por la comisión de este delito, debido a que el desfalco de esos fondos públicos en países pobres o en vías de desarrollo, hubiesen podido ser destinados a mejorar su calidad de vida y para garantizar derechos básicos como vivienda, salud, alimentación, seguridad, etc., pero en vez de velar por el desarrollo del país al que deben servir, así como por el bienestar de sus connacionales, los funcionarios

públicos corruptos deciden enriquecerse ilícitamente y sacrificarlos.

En el Derecho Internacional, el delito de Enriquecimiento ha sido definido por la Convención de Las Naciones Unidas Contra la Corrupción (2004) como “...*el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él*”. Otros delitos que son mencionados en este instrumento jurídico internacional por ser actos de corrupción son la malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público, el tráfico de influencias, abuso de funciones, soborno en el sector privado, blanqueo del producto del delito, obstrucción a la justicia, etc.

Por su parte, la Convención Interamericana Contra la Corrupción (1996), define este delito como “...*el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él*”.

En cuanto a la legislación nacional, la Constitución de la República Dominicana establece en su Artículo 146 lo siguiente:

“Proscripción de la corrupción. Se condena toda forma de corrupción en los órganos del Estado. En consecuencia:... 3) Es obligatoria, de acuerdo con lo dispuesto por la ley, la declaración jurada de bienes de las y los funcionarios públicos, a quienes corresponde siempre probar el origen de sus bienes, antes y después de haber finalizado sus funciones o a requerimiento de autoridad competente...”

La Ley No. 5924 de 1962 sobre Confiscación General de Bienes, dispuso en su artículo 1 lo siguiente:

“Toda persona que haya cometido o cometiere abuso o usurpación del Poder o de cualquier función pública para enriquecerse o para enriquecer a otros, será declarada culpable de enriquecimiento ilícito y condenada a la pena de la confiscación general de sus bienes.

En igual pena incurrirá toda persona que se haya enriquecido al amparo o como consecuencia del abuso o usurpación del Poder cometido por otro.

Dicha pena será aplicable a las personas morales.”

Resulta menester destacar que fue la Ley No. 5924 de 1962, la que definió la acción típica del delito de Enriquecimiento Ilícito en la República Dominicana, como un abuso o usurpación de poder o de cualquier función pública, sin embargo, en dicha Ley no se estableció una pena de prisión para los condenados por este delito, sino que limitó la sanción aplicable a la confiscación general de sus bienes.

El legislador dominicano por medio de la Ley No. 311-14 de 2014, que instituye el Sistema Nacional Autorizado y Uniforme de Declaraciones Juradas de Patrimonio de los Funcionarios y Servidores Públicos, y que derogó la Ley No. 82 de 1979, así como se explica en el Considerando Séptimo de dicha Ley, estimó que era necesaria la tipificación del enriquecimiento ilícito a fines de que fuera posible perseguir este tipo penal y establecer una pena de prisión, estableciendo en su artículo 18 lo siguiente:

“Sanciones por enriquecimiento ilícito. Los funcionarios públicos que resulten responsables de enriquecimiento ilícito serán sancionados con la pena de cuatro (4) a diez (10) años de prisión mayor, una multa equivalente al duplo del monto del incremento, y la inhabilitación para ocupar funciones públicas por un período de diez (10) años.

Párrafo.– La pena de inhabilitación de diez (10) años se impone como pena complementaria, cuyo cumplimiento inicia a partir del término de la sanción privativa de libertad impuesta. Las personas interpuestas que resulten culpables de las infracciones atribuidas a los funcionarios, serán sancionadas como cómplices de las infracciones que resulten culpables.”

No es menos importante hacer referencia al artículo 16 de la Ley No. 311-14 de 2014, el cual dispone:

“Prueba del origen del patrimonio. Cualquier funcionario público, obligado por esta ley, está en la obligación de probar el origen lícito de su patrimonio obtenido durante el ejercicio del cargo en el momento que le sea requerido por la autoridad competente.

Párrafo.– En caso de que el origen del patrimonio no pueda ser probado, la autoridad competente puede accionar en justicia y promover la confiscación de los bienes no probados.”

De este último artículo que hemos transcrito, se entiende que la carga de la prueba sobre el origen lícito del patrimonio del funcionario público, recae sobre él mismo, so pena de que le sean confiscados los bienes afectados, sin embargo, lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley No. 311-14 de 2014, no se hace extensible al delito del enriquecimiento ilícito, sobre el cual, la carga probatoria sigue recayendo sobre el Ministerio Público, quien deberá probar que el imputado ha realizado una acción típica de conformidad con lo establecido por la Ley No. 5924 de 1962, sobre Confiscación General de Bienes, en su artículo 1, es decir que ha cometido un “*abuso o usurpación del Poder o de cualquier función pública para enriquecerse o para enriquecer a otros*”.

Los artículos de la legislación dominicana anteriormente transcritos, evidencian que la República Dominicana carece de una tipificación penal que acoja la definición establecida en la normativa internacional, dado que en la Ley No. 5924 de 1962, se hace referencia a “*abuso o usurpación del Poder o de cualquier*

función pública para enriquecerse o para enriquecer a otros”, y no al “*...incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él*”, en el entendido de que, de manera resumida, la descripción de la conducta típica que se ha dado al delito que nos ocupa en el Derecho Internacional, consiste en un incremento injustificado del patrimonio.

A pesar de la deficiencia legislativa existente en la República Dominicana con relación a la tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito, ello no ha inmovilizado al sistema de justicia dominicano en la persecución de este tipo penal, pero no menos cierto es que una actualización de la legislación penal en esta materia resulta indispensable para que la lucha contra el Enriquecimiento Ilícito sea eficaz y dé mejores resultados a la sociedad dominicana.

Por nuestra parte, abogamos por la inclusión del delito de Enriquecimiento Ilícito en el tan esperado nuevo Código Penal dominicano que se ha visto en buena parte retrasado por las diferencias existentes en la sociedad acerca de las tres causales del aborto o mediante la promulgación de una ley específica para estos fines, pero en cualquier caso, es fundamental que se establezca una tipificación clara, precisa y acorde con la normativa internacional y que contenga una descripción de la acción típica que permita una actividad probatoria aplicable a la conducta reprochable que la ley debe castigar por la comisión de este delito, como ocurre por ejemplo en México, país en el cual, el Código Penal Federal en su artículo 224, dispone lo siguiente:

“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.”

No compartimos la opinión de muchos juristas que defienden la posición de que una tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito (en términos similares al establecido en el artículo anteriormente transcrito) implica una inversión de la carga de la prueba, ya que siempre será el Ministerio Público quien deba probar la comisión de este delito, presentando pruebas que convengan al juez de un incremento patrimonial injustificado, como por ejemplo sería mediante la presentación al tribunal de las declaraciones juradas del funcionario público.

Así como en el delito de homicidio ocurre que la defensa del acusado presente una coartada para demostrar que su defendido no estaba presente en la escena del crimen cuando este ocurrió, por analogía, podemos sostener que el funcionario público puede justificar el incremento patrimonial presentando sus pruebas y así destruir los indicios de la parte acusadora. En tal sentido, el principio de presunción de inocencia no se ve vulnerado de ninguna manera con una tipificación en los términos del Código Penal Federal de México, ni con una como la que se establece en el artículo 73 de la Ley Contra la Corrupción del 7 de abril de 2003 de Venezuela, la cual dispone:

“El funcionario público que hubiere obtenido en el ejercicio de sus funciones un incremento patrimonial desproporcionado con relación a sus ingresos, que no pudiese justificar, y que haya sido requerido debidamente para ello y que no constituya otro delito, será sancionado con prisión de tres (3) a diez (10) años. Con la misma pena será sancionada la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.”

De forma que, en ningún momento se exime al Ministerio Público de su obligación de presentar pruebas que evidencien un incremento patrimonial injustificado del funcionario público, esto lo debe hacer y nadie debería tener dudas al respecto, por lo que la carga probatoria sigue estando a su cargo. Lo que realmente se plantea en las tipificaciones anteriormente citadas, es que el acusado demuestre que ese incremento patrimonial desproporcional tiene un origen lícito para que pueda destruir los indicios ofrecidos al tribunal por la parte acusadora, lo cual, de no hacerse, podría dar lugar a que el juez entienda que el incremento patrimonial injustificado ha sido debidamente probado por la fiscalía, lo cual tampoco implica que se violen otros derechos fundamentales como el derecho a no declararse culpable ni el derecho a no declarar contra sí mismo, puesto que simplemente, contra los indicios probados por el Ministerio Público, el acusado puede ejercer su derecho a la defensa y probar lo contrario.

Sin embargo, el estado actual del delito que nos ocupa en República Dominicana permanece bajo un esquema confuso, según el cual, el Ministerio Público debe probar que se ha materializado una acción típica que consista en el abuso de la función pública para enriquecerse o para enriquecer a otros, lo cual deja muchas lagunas jurídicas por resolver y en cierta medida obstaculiza la persecución de este delito, pues no se le facilita al juez ni al fiscal una descripción clara de la acción típica acorde con la naturaleza de este delito, teniendo en cuenta que si bien el Enriquecimiento Ilícito podría tener lugar por un abuso del cargo público,

también podría ocurrir que el delito no se haya producido tomando ventaja de la posición que el sujeto activo ocupa, a diferencia de lo tipificado en la legislación de otros países, en los que sí establece una conducta típica que apunta a un aumento injustificado del patrimonio del funcionario público, independientemente de que el funcionario se haya valido o no de su cargo para enriquecerse ilícitamente.

Cuando ocurra la nueva tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito en nuestro país, será de vital importancia que el legislador dominicano no olvide adentrarse en elementos de la configuración de este delito para que estatuya sobre la acción típica según lo establecido en la legislación internacional y profundice acerca de la interpretación que se le debe dar a un incremento patrimonial significativo estableciendo parámetros, el período durante el cual se produce el incremento patrimonial y la actividad probatoria, así como sobre cualquier otro elemento que sea relevante para que el nuevo tipo penal perdure en el tiempo y dé los resultados deseados.

UCRANIA

Volodymyr Hulkevych

Doctor en Derecho

Fiscalía regional de Ivano-Frankivsk

I. INTRODUCCIÓN

La propiedad privada y la libre empresa estuvieron prohibidas durante décadas en la República Socialista Soviética de Ucrania, que formaba parte de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Bajo el socialismo, los funcionarios públicos cobraban salarios bajos y los delitos de corrupción se castigaban con mucha severidad. Por eso, antes de principios de la década de 1990, no había en Ucrania personas que poseyeran grandes sumas de dinero o bienes inmuebles valiosos¹. La paulatina interpenetración y fusión del gran dinero y el gran poder lleva años produciéndose en el país.

Los investigadores de la corrupción creen que después de que Ucrania recuperara su independencia en la segunda mitad de la década de 1990, aparecieron en el país personas extremadamente ricas debido a la privatización desleal de propiedades estatales y municipales, el contrabando, la evasión fiscal y diversos delitos de corrupción. Algunos de los nuevos ricos eran funcio-

narios y ex funcionarios del gobierno y de las administraciones locales, agentes de la ley, jueces y otros funcionarios. Fue la lucha contra la corrupción la que condujo a la introducción de la responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito de determinadas categorías de ciudadanos ucranianos, principalmente funcionarios y empleados públicos.

El Código Penal de Ucrania de 1960, así como el actual Código Penal de Ucrania aprobado en 2001, no contenían ningún artículo que tipificara como delito el enriquecimiento ilícito. En cambio, las posteriores enmiendas al Código Penal de Ucrania de 2001 se caracterizaron por una asombrosa historia de criminalización y despenalización del enriquecimiento ilícito, de la que no puede presumir ningún otro delito de la Parte Especial del Código Penal.

Así, el establecimiento de la responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito está directamente condicionado formalmente por la ratificación por Ucrania de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción de 31 de octubre de 2003 (en lo sucesivo, la Convención de las Naciones Unidas de 2003) el 18 de octubre de 2006². Al mismo tiempo, tras la ratificación de esta Convención, no se introdujeron durante mucho tiempo las enmiendas necesarias a la Ley de Ucrania nº 356/95-BP «Sobre la lucha contra la corrupción», de 5 de octubre de 1995, y al Código Penal³.

II. EL PRIMER INTENTO DE TIPIFICAR COMO DELITO EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO (ARTÍCULO 368-1 DEL CÓDIGO PENAL)

El 11 de junio de 2009, la Rada Suprema de Ucrania (el Parlamento) aprobó las Leyes 1506-VI “Sobre los principios de prevención y lucha contra la corrupción” y 1508-VI “Sobre las enmiendas a determinados actos legislativos de Ucrania en materia de responsabilidad por delitos de corrupción”, que entraron en vigor el 1 de enero de 2010. Esta última ley añadió el artículo 368-1 “Enriquecimiento ilícito” al capítulo XVII “Delitos en el ámbito de la actividad oficial” de la Parte Especial del Código Penal.

Según la parte 1 de este artículo, la percepción por un funcionario de un beneficio ilícito o la transferencia de dicho beneficio a parientes cercanos (enriquecimiento ilícito) se castigaba con una multa de cien a quinientos ingresos mínimos exentos de impuestos o la privación de libertad durante un máximo de dos años, con inhabilitación para ocupar determinados cargos o ejercer determinadas actividades durante un máximo de tres años.

Los apartados 2 a 4 de este artículo preveían penas más severas para el enriquecimiento ilícito si el objeto material del enriquecimiento era un beneficio ilícito en cantidades significativas, grandes y especialmente grandes.

El artículo 1 de la Ley de 2009 de Ucrania “Sobre los principios de prevención y lucha contra la corrupción” definía el beneficio indebido como dinero u otros bienes, ventajas, beneficios, servicios de naturaleza material o inmaterial que se prometen, ofrecen, proporcionan o reciben gratuitamente o a un precio inferior al precio mínimo de mercado sin motivos legales.

Los sujetos activos del delito eran funcionarios, es decir, según la nota al art. 364 del Código Penal, personas que de forma permanente, temporal o por autoridad especial desempeñaban las funciones de representantes de las autoridades o del autogobierno local, así como ocupaban cargos permanentes o temporales en las autoridades estatales, el autogobierno local, empresas unitarias estatales o municipales, instituciones u organizaciones relacionadas con el desempeño de funciones organizativas y administrativas o administrativas y económicas o desempeñaban dichas funciones por autoridad especial.

Es fácil comprobar que la redacción del tipo básico del delito estaba imperfectamente formulada y no se correspondía con el contenido del artículo 20 de la Convención de la ONU de 2003, que no se refiere a la percepción de un beneficio indebido, sino al incremento significativo ilícito e intencionado del patrimonio de un funcionario público que exceda de sus ingresos legítimos y que no pueda justificar racionalmente. La redacción del tipo básico del enriquecimiento ilícito era similar a la de otro delito de corrupción: el soborno (artículo 368 del Código Penal).

Algunos estudiosos argumentaron que la formulación del enriquecimiento ilícito contradecía el principio de presunción de inocencia, ya que el sospechoso tenía la carga de probar la legalidad de sus ingresos⁴.

El artículo 368-1 del Código Penal estuvo en vigor menos de un año, ya que fue eliminado del Código Penal por la Ley nº 2808-VI de 21 de diciembre de 2010. La misma Ley también invalidó la Ley nº 1506-VI “Sobre los principios de prevención y lucha contra la corrupción”. Durante algún tiempo, no hubo legislación anticorrupción en Ucrania.

Durante el período en que estuvo en vigor el artículo 368-1 del Código Penal, los tribunales no dictaron ninguna sentencia sobre enriquecimiento ilícito.

III. EL SEGUNDO INTENTO DE TIPIFICAR COMO DELITO EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO (ARTÍCULO 368-2 DEL CÓDIGO PENAL)

El siguiente artículo del Código Penal, que preveía la responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito, existió mucho más tiempo que el primero. El 7 de abril de 2011, la Rada Suprema de Ucrania aprobó una nueva Ley n.º 3206-VI “Sobre los principios de prevención y lucha contra la corrupción” y la Ley n.º 3207-VI, que añadieron el artículo 368-2 del Código Penal “Enriquecimiento ilícito” al Código Penal.

Según la parte 1 del artículo 368-2 del Código Penal, el enriquecimiento ilícito se define como la recepción por un funcionario de un beneficio ilícito en una cuantía significativa o la transferencia de dicho beneficio a parientes cercanos en ausencia de indicios de soborno. Estas acciones se castigaban con una multa de quinientos a mil ingresos mínimos exentos de impuestos o la privación de libertad durante un máximo de dos años, con inhabilitación para ocupar determinados cargos o ejercer determinadas actividades durante un máximo de tres años.

Se consideraba beneficio ilícito de cuantía significativa, es decir, objeto del delito, el dinero u otros bienes, ventajas, beneficios, servicios, activos inmateriales que se prometieran, ofrecieran, prestaran o recibieran sin fundamento legal de forma gratuita o a un precio inferior al precio mínimo de mercado, en cuantía superior a cien ingresos mínimos exentos de impuestos.

Las partes 2 y 3 de este artículo preveían la responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito cometido en cuantías elevadas (más de doscientas rentas mínimas exentas de impuestos) y especialmente elevadas (más de quinientas rentas mínimas exentas de impuestos).

No es difícil observar que en la primera versión del Código Penal, el delito previsto en el artículo 368-2 del Código Penal también era similar a otro delito previsto en el artículo 368 del Código Penal, a saber, el cohecho. Algunos estudiosos ucranianos consideraron que esta formulación del enriquecimiento ilícito era positiva, ya que permitía exigir responsabilidad penal a un funcionario que hubiera recibido un determinado beneficio ilícito, siempre que fuera imposible demostrar su culpabilidad en la comisión del delito en virtud del artículo 368 del CP⁵.

El artículo 368-2 del Código Penal ha sido modificado en varias ocasiones. En particular, el 14 de octubre de 2014, se adoptó la nueva Ley n.º 1698-VII “Sobre la Oficina Nacional Anticorrupción de Ucrania”, que

modificó el artículo 368-2 del Código Penal y definió el enriquecimiento ilícito como la adquisición por una persona autorizada a desempeñar las funciones del Estado o de un gobierno autónomo local de bienes, cuyo valor supere significativamente los ingresos percibidos por la persona de fuentes legales, o la transferencia de dichos bienes a parientes cercanos. Esta versión del artículo 368-2 del Código Penal acercó la redacción del aspecto objetivo del enriquecimiento ilícito a su definición en el artículo 20 de la Convención de la ONU de 2003.

Un exceso significativo de ingresos se define como una cantidad que es dos o más veces superior a la cantidad de ingresos indicada en la declaración de una persona autorizada a desempeñar las funciones del gobierno autónomo estatal o local para el período correspondiente, presentada por la persona de conformidad con el procedimiento establecido por la Ley n.º 1700-VII “Sobre la prevención de la corrupción”, también adoptada el 14 de octubre de 2014.

Las personas autorizadas para desempeñar las funciones del gobierno autónomo estatal o local fueron reconocidas como personas a las que se refiere el artículo 3 de la Ley de Ucrania “Sobre la prevención de la corrupción”.

Sin embargo, diversas fuerzas políticas trataron de abolir la responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito, por lo que 59 diputados de diferentes facciones de la Rada Suprema de Ucrania presentaron el 12 de diciembre de 2017 un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para que declarara inconstitucional el artículo 368-2 del Código Penal. En ese momento, solo la Oficina Nacional Anticorrupción de Ucrania ya había investigado 65 procedimientos penales sobre enriquecimiento ilícito de diputados, ministros y jefes de diversos organismos estatales.

Por decisión del Tribunal Constitucional de Ucrania de fecha 26 de febrero de 2019 N.º 1/p-2019, el artículo 368-2 del Código Penal fue declarado inconstitucional, ya que no cumplía el requisito de seguridad jurídica como componente del principio constitucional del Estado de Derecho (primera parte del artículo 8 de la Constitución de Ucrania). El Tribunal consideró que el artículo no estaba formulado con suficiente claridad y permitía una comprensión, interpretación y aplicación ambiguas. El artículo 368-2 del Código Penal era incompatible con el principio constitucional de presunción de inocencia (partes primera, segunda y tercera del artículo 62 de la Constitución de Ucrania) y con la disposición constitucional sobre la inadmisibilidad de considerar responsable a una persona por negarse a

declarar o a dar explicaciones (derecho de una persona a no declarar o a no dar explicaciones, sus familiares o allegados) (parte primera del artículo 63 de la Constitución de Ucrania).

Es interesante que a pesar de haber sido declarado inconstitucional, el artículo 368-2 del Código Penal permaneció en el texto del Código durante más de cuatro años, sólo por la Ley de 13 de julio de 2023 No. 3233-IX fue excluido del Código Penal.

Durante el período de vigencia del art. 368-2 del Código Penal, los tribunales condenaron sólo a una persona por enriquecimiento ilícito. Sin embargo, del análisis de la sentencia judicial se desprende que el funcionario fue condenado por enriquecimiento ilícito porque la fiscalía no pudo demostrar que hubiera cometido otro delito más grave, la obtención de un beneficio ilícito (artículo 368 del Código Penal).

Tras declararse inconstitucional el artículo 368-2 del Código Penal, se archivó el proceso penal por enriquecimiento ilícito.

IV. EL ACTUAL ARTÍCULO 368-5 DEL CÓDIGO PENAL “ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO”

El intento más reciente de restablecer la responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito fue la aprobación por la Rada Suprema de Ucrania de la Ley n.º 263-IX, de 31 de octubre de 2019, que añadió el artículo 368-5 “Enriquecimiento ilícito” al capítulo XVII “Delitos penales en el ámbito de la actividad oficial y la actividad profesional relacionada con la prestación de servicios públicos” de la Parte Especial del Código Penal. Así, según la parte 1 de este artículo, el enriquecimiento ilícito es la adquisición por una persona autorizada a desempeñar las funciones del Estado o de un gobierno autónomo local de bienes cuyo valor supere sus ingresos legítimos en más de seis mil quinientos ingresos mínimos exentos de impuestos. Estas acciones se castigan con penas de prisión de cinco a diez años e inhabilitación para ejercer determinados cargos o actividades durante un máximo de tres años.

Los activos, es decir, el objeto material del delito, se definen como fondos (incluido el dinero en efectivo, los fondos mantenidos en cuentas bancarias o depositados en bancos u otras instituciones financieras), otros bienes, derechos de propiedad, activos intangibles, incluidas las criptomonedas, el importe de la reducción de pasivos financieros, así como obras o servicios prestados a una persona autorizada a desempeñar las funciones del Estado o de la administración autónoma local.

Los tipos específicos de activos y sus definiciones se establecen en los Códigos Civil y Fiscal de Ucrania, las Leyes “Sobre sistemas de pago y transferencia de fondos en Ucrania”, “Sobre mercados de capitales y mercados organizados de materias primas”, “Sobre divisas y valores monetarios” y otras leyes⁶.

Los actos delictivos en forma de adquisición de bienes se tipifican de la siguiente manera:

- Adquisición por una persona autorizada a desempeñar las funciones del Estado o de un gobierno autónomo local;
- Adquisición por otra persona física o jurídica, si se prueba que dicha adquisición se realizó en nombre de una persona autorizada a desempeñar las funciones de la administración autónoma estatal o local, o que una persona autorizada a desempeñar las funciones de la administración autónoma estatal o local puede realizar directa o indirectamente acciones en relación con dichos bienes idénticas en contenido al ejercicio del derecho a disponer de ellos.

Los ingresos legítimos de una persona se definen como los ingresos percibidos legalmente por la persona de fuentes legales, en particular las especificadas en los apartados 7 y 8 de la primera parte del artículo 46 de la Ley n.º 1700-VII “Sobre la prevención de la corrupción”, es decir, principalmente, el salario (remuneración) percibido tanto en el lugar de trabajo principal como en un trabajo a tiempo parcial, honorarios, dividendos, intereses, cánones, pagos de seguros, ayudas benéficas, pensiones, ingresos procedentes de la enajenación de valores y derechos corporativos, regalos y otros ingresos.

Así pues, a partir de hoy, se puede incurrir en responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito si el autor de este delito adquiere bienes por un valor superior a 8.723.000 UAH, lo que equivale aproximadamente a 226.866 EUR.

Las personas autorizadas para desempeñar las funciones del Estado o de los gobiernos autónomos locales, es decir, los sujetos activos del delito, son un gran número de personas enumeradas en el artículo 3 de la Ley de Ucrania “Sobre la prevención de la corrupción”, que van desde un agente de policía ordinario hasta el Presidente de Ucrania.

El elemento subjetivo del delito se caracteriza por la intención directa.

V. CONCLUSIONES

El peculiar juego político de establecer y abolir la responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito tuvo un impacto negativo en la lucha contra la corrupción en Ucrania, empeorando la imagen del país y sus perspectivas de adhesión a la Unión Europea. La despenalización en dos ocasiones de este delito, las imperfecciones y los numerosos cambios en su redacción permitieron a un gran número de personas autorizadas a desempeñar funciones de gobierno estatal o local eludir la persecución penal. Por ejemplo, en la actualidad es imposible procesar por enriquecimiento ilícito a antiguos y actuales altos cargos que poseen una enorme riqueza injustificada si la adquirieron antes de que se estableciera la responsabilidad penal por este delito.

Los intentos de tipificar como delito el enriquecimiento ilícito han suscitado la oposición no sólo de diversas fuerzas políticas, sino también de algunos académicos.

A pesar de que se ha perdido la posibilidad de perseguir penalmente a los funcionarios corruptos que se enriquecieron ilícitamente en años anteriores, el actual artículo 368-5 del Código Penal permite a las fuerzas del orden especializadas investigar los casos actuales de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos.

Notas:

1 Para más información sobre los tipos de corrupción en los Estados poscomunistas, véase: R. Karklins. *Typology of Post-Communist Corruption. Problems of Post-Communism*. 2002. July/August. Vol. 49. No 4. Pp. 22-32.

2 Bezhytskyi B.H. *Kryminalna vidpovidalnist za nezakonne zbahachennia* (en ucraniano). *Dysertacia na zdobuttia naukovoho stupenia doktora filosofii*. Kyiv. 2022. p. 32.

3 Cabe señalar que, en los últimos treinta años, la política estatal de prevención y lucha contra la corrupción en Ucrania ha estado marcada por frecuentes cambios en las leyes especiales. En Ucrania estaban en vigor la Ley "Sobre la lucha contra la corrupción" n.º 356/95, de 5 de octubre de 1995, la Ley "Sobre los principios de prevención y lucha contra la corrupción" n.º 1506-VI, de 11 de junio de 2009, y la Ley "Sobre los principios de prevención y lucha contra la corrupción" n.º 3206-VI, de 07 de abril de 2011. Actualmente está en vigor la Ley "Sobre la prevención de la corrupción" n.º 1700-VII, de 14 de octubre de 2014.

4 Yasin I.M. *Kryminalno-pravova kvalifikacia nezakonnogo zbahachennia za zakonodavstvom Ukrainy* (en ucraniano). *Dysertacia na zdobuttia naukovoho stupenia kandydata yurydychnykh nauk*. Lviv. 2017. p. 11.

5 Huzovatyi O.I., Tytarenko O.O. *Kryminalna vidpovidalnist za nezakonne zbahachennia v Ukraini ta deiakykh zarubiznykh krainakh* (en ucraniano). Dnipro. 2018. p. 44.

6 Bezhytskyi B.H. Op. cit. p. 75-88.

URUGUAY

Pablo Galain Palermo¹

A nivel internacional la Convención Interamericana (1996)² y la Convención de las Naciones Unidas (2003) contra la corrupción³, sugieren la creación del delito de enriquecimiento ilícito⁴. Estas convenciones fueron ratificadas por Uruguay por Ley 17008 de 25.09.1998 y Ley 18056 de 14.11.2006, pero aún su sistema penal desconoce estos compromisos adquiridos con la firma de los tratados internacionales, en tanto no existe un tipo penal que castigue el enriquecimiento ilícito ni se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁵. Tengamos en cuenta que Uruguay, a pesar de los compromisos internacionales asumidos en la lucha contra la corrupción, desconoce el concepto de corrupción entre privados.

En Uruguay existe un grave problema de falta de legislación y control sobre la financiación (ilegal) de partidos políticos. Esto produce una importante zona gris donde los financistas de la política tienen un amplio margen de maniobra y los partidos políticos una fuente de ingresos que perjudica a la falta de transparencia y los condiciona en el ejercicio futuro del poder. La política criminal para el combate contra la corrupción se realiza principalmente persiguiendo conductas aisladas de "abuso de la función"⁶, lo que deja de lado toda la investigación contextual y las rutas por las que luego se pierde la trazabilidad del dinero.

Aunque existe una Junta de Transparencia y Ética Pública (JUTEP)⁷ sus acciones de control no son suficientes para una política efectiva contra la corrupción.

En 2018 la Cámara de Senadores aprobó un proyecto de ley para tipificar el delito de enriquecimiento ilícito⁸, definido como el incremento sustantivo e injustificado del patrimonio de un funcionario público durante el ejercicio de su función y hasta cinco años después del cese del cargo⁹. Al mismo tiempo se sugiere tipificar una agravante especial¹⁰. Hoy en día, este delito vuelve a discutirse en el Parlamento. El objetivo anunciado para este nuevo delito —que ya existe en otros países de la región—¹¹ sería subsanar las fallas del sistema de declaración jurada actual de bienes de los funcionarios y sus familiares directos¹², como si este problema tuviera solución con el establecimiento de penas de prisión y pecuniarias para una "conducta" que deja algunas cuestiones abiertas en relación con el respeto de algunos principios fundamentales del derecho.

Según informa la prensa, en el Senado se dijo que: "la figura de enriquecimiento ilícito funciona como

“contracara” del sistema de declaraciones juradas para que exista la posibilidad de analizar la evolución patrimonial de los servidores públicos y de “castigar” si es necesario... este proyecto apuesta a la “austeridad republicana”, la democracia y la transparencia, y además posiciona al país en un lugar de “privilegio y seriedad” al cumplir con los estándares internacionales”¹³.

El contenido del injusto se sustentaría en la simple constatación del enriquecimiento del patrimonio del funcionario que no pueda ser justificado con relación a los ingresos legítimos. Sobre la forma en la que se produce el incremento se dice: “que se obtenga, por sí o a través de interpuesta persona”, lo que parece hacer alusión a la participación de terceros con el mal funcionario, si bien ello luego parece difuminarse en lo que refiere a la prueba de la responsabilidad penal, pues parece que para el legislador lo relevante no sería que la fiscalía pudiera “descubrir” las distintas formas en las que se obtiene el incremento patrimonial sino que su titular no pueda demostrar el origen de los ingresos que aumentan de forma “significativa” el patrimonio. Lo relevante, entonces, es la falta de justificación de ese “incremento patrimonial significativo”, que tal como está redactado, es un elemento demasiado ambiguo para un tipo penal. El interés del legislador parece centrarse en la mera confiscación de ese aumento patrimonial (aunque como paso previo no tenga que demostrar el origen del dinero o los delitos precedentes) eximiendo a la fiscalía de probar la imputación penal.

El bien jurídico a tutelar sería uno vinculado a una obligación administrativa, en particular, la omisión de “rendir cuentas” sobre un incremento patrimonial que en ningún caso puede ser justificado. De esta forma, la omisión de una obligación se convierte en el elemento central de la prohibición y el tipo penal para no ser realizado por el sujeto obligado exige una especie de “confesión” de un ingreso patrimonial con “apariencia delictiva”. Un tipo penal construido de esta manera podría llevar a pensar que se estaría ingresando a un peligroso terreno de “autoincriminación” con relevancia constitucional (principio de *nemo tenetur se ipsum accusare*, Art. 20 CU), cuya justificación se encontraría en la necesidad político criminal de “luchar contra la corrupción” en detrimento del respeto de las garantías procesales y principios fundamentales del derecho (*rule of law*) que prohíben la declaración del indagado en propio perjuicio. Por otra parte, pensemos que, si el imputado no pudiera probar el origen lícito de su incremento patrimonial, ¿estaría la Fiscalía eximida de iniciar una indagatoria para conocer el verdadero origen del incremento patrimonial? Y, por otra parte, si

la fiscalía imputase el delito de enriquecimiento ilícito del funcionario que no ha podido probar el origen lícito de su mejoría patrimonial, y a su vez, pudiese probar el vínculo de ese incremento con la comisión de determinado delito, ¿se le imputarían ambos delitos en régimen de concurso? ¿deberían imputarse estos delitos por fuera o sin consideración de las normas sobre lavado de dinero? El delito proyectado parece haber sido pensado como un delito sin conducta (donde la conducta previa del enriquecimiento, que debería ser lo relevante y decisivo, se difumina en el marco de una mera sospecha de corrupción cuya prueba no sería siquiera necesaria para la imputación del delito de enriquecimiento ilícito. ¿Podría imputarse este delito en caso de que el delito “precedente” que origina el aumento patrimonial fuera uno contra la propiedad privada, es decir, sin un vínculo con la administración?¹⁴

También integraría el tipo penal la situación objetiva de “la cancelación de deudas o de otro tipo de “obligaciones” del funcionario”, que serían parte de la “conducta” o, mejor dicho, de la “situación ilícita” que daría lugar al “enriquecimiento ilícito”.

En los hechos estaríamos frente a un delito de resultado (incremento injustificado del patrimonio) pero que se construye como un delito de sospecha, donde lo relevante es que el sistema que “administra” casos penales pueda iniciar investigaciones criminales con meros indicios de la existencia de posibles actos de corrupción¹⁵. Sin embargo, el principio de legalidad prohíbe la existencia de una norma abierta que al menos no sea “complementada” (como sucede con las normas penales en blanco) por un reglamento o un decreto (norma inferior a la ley) sino, en este caso, la misma se complete por la acción investigativa del fiscal. En ese sentido, si este fuera el tipo penal definitivo, parece que su función político criminal sería la de permitir la apertura de una investigación criminal, pero su formulación dejaría muchas cuestiones dogmáticas abiertas, como, por ejemplo, el principio de certeza como esencia del principio de legalidad. No se puede desconocer que el elemento central desde el punto de vista procesal de este tipo de delitos, pensados dentro de una política criminal de lucha contra la gran corrupción en contextos de grupos organizados (criminales, como los vinculados a distintos tráfico, y también legales, grandes consorcios internacionales) que pueden incidir en la toma de decisiones al más alto nivel, es que la persecución del delito implica una inversión de la carga de prueba, pues al fiscal le basta con probar la situación objetiva del enriquecimiento o la cancelación de las deudas y será el indagado quien

deba justificar la proveniencia del dinero. De algún modo, se trata de una figura emparentada con la lógica del lavado de dinero o el blanqueamiento de activos, donde la esencia del interés público reside en conocer el origen y la trazabilidad del dinero. En el caso del enriquecimiento ilícito el interés público se concentra en conocer cómo se obtuvieron los ingresos que “enriquecieron” el patrimonio del funcionario.

La norma proyectada dice que con la misma pena se debe castigar a “la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento ilícito”, que no sería otra cosa que el castigo del testaferrero u hombre de paja.

Hasta el momento de escribir este informe, distintos partidos políticos han presentado sus proyectos de ley para la tipificación del delito^{16/17}.

En el Código Penal actual existe un artículo¹⁸ que tipifica agravantes especiales para delitos vinculados con lo que se conoce como “corrupción” de funcionarios públicos¹⁹, permitiendo al fiscal solicitar la pena máxima en cada uno de ellos, porque la agravante especial no lo determina expresamente. A esta agravante especial se la debe asociar también con el artículo que permite la confiscación de los bienes relacionados con los delitos de corrupción de funcionarios²⁰. Todo hace pensar que un futuro tipo penal de enriquecimiento ilícito seguirá la misma lógica.

La discusión político criminal sobre el delito de enriquecimiento ilícito (injusto o no justificado) puede retomarse en cualquier momento si consideramos que en breve se inicia un nuevo periodo electoral. Durante 2023 el Uruguay, que se jactaba de ser el país con menor índice de corrupción en la región²¹, viene sufriendo casos relevantes de corrupción política²² que, seguramente, incluirán el tema en la agenda política y podrían traer consecuencias a nivel legislativo.

Notas:

1 Investigador y Docente en la Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile.

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

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

3 El Preámbulo de la Convención de la ONU es contundente: “Convencidos de que el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley”.

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

5 Por esta ley el Uruguay se compromete a tipificar los siguientes delitos: soborno de funcionarios públicos nacionales, extranjeros y de organizaciones internacionales públicas (arts. 15 y 16 de la Convención); malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (art. 17); tráfico de influencias (art. 18); abuso de funciones (art. 19); enriquecimiento ilícito o injustificado (art. 20); soborno en el sector privado (art. 21); malversación o peculado de bienes en el sector privado (art. 22); blanqueo del producto del delito (art. 23); encubrimiento (art. 24); y obstrucción de la justicia (art. 25). Ver Langón, Miguel, Código Penal Uruguayo, 2ª ed., Montevideo, 2018.

6 Galain Palermo, Pablo, “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”, *Polit. Crim.* vol. 16, N°32, pp. 745-773.

7 Creada por ley 19340 de 28.08.2015 como Servicio Descentralizado, sustituyendo a la anterior Unidad Ejecutora N°22 del Ministerio de Educación y Cultura (cabe recordar que en Uruguay no existe un Ministerio de Justicia, funciones que absorbe el de Educación y Cultura). <https://www.gub.uy/junta-transparencia-etica-publica/>

8 El origen del proyecto habría sido propuesto por el ex Senador del Partido Colorado en 2015 (en aquel momento, partido de la oposición). <https://parlamento.gub.uy/documentos-y-leyes/documentos/repartido/senadores/48/816/0/PDF>.

9 “ARTÍCULO 159 BIS. (Enriquecimiento ilícito).- El funcionario público con obligación legal de presentar declaración jurada de bienes e ingresos, que durante el ejercicio de su función, incluso hasta cinco años después de haber cesado en su desempeño, obtenga, por sí o a través de interpuesta persona, un incremento patrimonial significativo e injustificado en relación a sus ingresos legítimos, será sancionado con una pena de dieciocho meses de prisión a seis años de penitenciaría, multa de 50 UR (cincuenta unidades reajustables) a 15.000 UR (quince mil unidades reajustables) e inhabilitación especial de dos a cinco años. Con la misma pena será castigada la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento ilícito. Se entenderá que hubo enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se hubiere incrementado con dinero, bienes muebles o inmuebles u otros valores, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguidas obligaciones que lo afectaban. La prueba del enriquecimiento a que se refiere este artículo será de cargo de la Fiscalía debiendo intimar al imputado

la justificación y prueba razonable de su procedencia sin perjuicio de los demás medios de prueba disponibles”.

10 “ARTÍCULO 159 TER. (Agravante especial).- La pena será de dos a diez años de penitenciaría con multa de 300 UR (trescientas unidades reajustables) a 15.000 UR (quince mil unidades reajustables) e inhabilitación especial de cinco a diez años, cuando se tratare de agente que ocupe un cargo electivo o de particular confianza o hubiere sido designado previa venia parlamentaria”.

11 <https://www.gub.uy/junta-transparencia-etica-publica/sites/junta-transparencia-etica-publica/files/documentos/publicaciones/enriquecimiento%20il%20il%C3%ADcito.pdf>

12 El caso más relevante es el del Senador Oficialista Juan Sartori, casado en Suiza con Yekaterina Rybolóvleva, hija del magnate ruso Dimitri Rybolóvlev, quien litiga judicialmente para no revelar el patrimonio de su cónyuge e intentar demostrar la inconstitucionalidad de dicha obligación porque violaría el derecho a la privacidad (intimidad: arts. 10 inciso 1º y 72 de la Constitución de la República) y el derecho a la seguridad jurídica. La Suprema Corte de Justicia en sentencia 889/2023 no hizo lugar a esta acción, considerando entre otros argumentos: “En definitiva, el funcionario público se inserta en un estatuto especial de deberes, obligaciones e incompatibilidades con principios rectores que deben regir a diario su actuar. A partir de tal extremo y de los antecedentes antes reseñados, puede inferirse que existen numerosas razones de interés general que llevan a concluir que el derecho a la intimidad del propio funcionario se encuentre razonablemente limitado mediante la confección de declaraciones juradas en las cuales deba declarar el contenido exigido en el artículo 12 de la Ley en cuestión”. La sentencia judicial se puede ver en <http://uruguaytransparente.uy/noticias>. La JUTEP ha declarado al senador en cuestión omiso en sus obligaciones. <https://ladiaria.com.uy/politica/articulo/2023/11/la-jutep-declaro-omiso-a-sartori-por-no-presentar-la-declaracion-jurada-de-su-esposa/>; <https://www.ambito.com/uruguay/sartori-no-entregaria-la-declaracion-jurada-y-la-jutep-evalua-su-sancion-n5851913>.

13 <https://ladiaria.com.uy/politica/articulo/2018/12/senado-aprobo-creacion-del-delito-de-enriquecimiento-ilicito/#:~:text=El%20delito%20puede%20sancionarse%20con,de%20dos%20a%20cinco%20a%C3%B1os.>

14 Agradezco a Gastón Chaves la discusión respecto a esta situación puntual del delito proyectado.

15 Hay quienes dicen que es un delito “subsidiario, supletorio o residual, esto es, creado por el legislador ante las dificultades prácticas para probar otras figuras penales (soborno, malversación, administración fraudulenta, etc.) en las que debería indagarse el origen del enriquecimiento”. Baragli, Néstor “El enriquecimiento ilícito”, El enriquecimiento ilícito y la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción en la legislación regional, Montevideo, 2014, p. 24. <https://www.gub.uy/junta-transparencia-etica-publica/sites/junta-transparencia-etica-publica/files/documentos/publicaciones/enriquecimiento%20il%20il%C3%ADcito.pdf>

16 En 2021 el partido Cabildo Abierto (integrante de la coalición que gobierna desde 2020 y con orientación de derecha y extrema derecha) propuso el siguiente tipo penal: Art. 159 Bis: Enriquecimiento ilícito. “El funcionario público comprendido en la obligación de declarar bajo juramento sus bienes e ingresos,

según lo disponen las leyes No. 17.060 con las modificaciones impuestas por la Ley No.19.797, que durante el ejercicio de sus funciones y hasta dentro de los cinco años posteriores a su cese, incrementalmente por sí o por interpósita persona, física o jurídica, su patrimonio en forma significativa e injustificada en relación a sus ingresos legítimos, y que debida y legalmente intimado por la autoridad judicial competente no pudiese justificar el origen de los fondos que acrediten dicho incremento, será sancionado con la pena de 20 meses de prisión a 6 años de penitenciaría, con una multa de 500 a 10.000 UR y con una inhabilitación de cinco (5) a diez (10) años, sin perjuicio de las incautaciones y confiscaciones de bienes y activos que correspondan de conformidad con la normativa vigente.” Se considerará incremento significativo, todo aumento en el patrimonio que supere el treinta por ciento (30%) del declarado bajo juramento al asumir el ejercicio de su función pública, así como la cancelación de deudas o extinción de obligaciones por el mismo porcentaje. El enriquecimiento ilícito se presume cuando se omitiera la presentación de la ampliación de la declaración jurada prevista por el art.12 de la ley No. 17.060.

17 Según un proyecto de ley para crear el tipo penal presentado por el Frente Amplio (actual partido de oposición con una orientación ideológica de “izquierdas” o “progresista”), se trata de prohibir el abuso del poder para enriquecerse (“Esto se vincula a las redes de interés, influencias, cuotas de poder en determinados asuntos, y toda situación que involucre de una u otra manera el uso del poder que otorga la función pública para obtener beneficios económicos, directos o indirectos”). Este proyecto apunta al “incremento patrimonial que se obtiene a través del uso del poder que presupone la gestión pública”. “ARTÍCULO 159 BIS.- Enriquecimiento ilícito.- El funcionario público con obligación legal de presentar declaración jurada de bienes e ingresos, que durante el ejercicio de su función, incluso hasta cinco años después de haber cesado en su desempeño, obtenga, por sí o a través de interpuesta persona, un incremento patrimonial significativo e injustificado en relación a sus ingresos legítimos, será sancionado con una pena de dieciocho meses de prisión a seis años de penitenciaría, multa de 50 UR (cincuenta unidades reajustables) a 15.000 UR (quince mil unidades reajustables) e inhabilitación especial de dos a cinco años. Con la misma pena será castigada la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento ilícito. Se entenderá que hubo enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se hubiere incrementado con dinero, bienes muebles o inmuebles u otros valores, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguidas obligaciones que lo afectaban. La prueba del enriquecimiento a que se refiere este artículo será de cargo de la Fiscalía debiendo intimar al imputado la justificación y prueba razonable de su procedencia sin perjuicio de los demás medios de prueba disponibles”. Como circunstancia agravante especial se propone: “ARTÍCULO 159 TER (Agravante especial). La pena será de dos a diez años de penitenciaría con multa de 300 UR (trescientas unidades reajustables) a 15.000 UR (quince mil unidades reajustables) e inhabilitación especial de cinco a diez años, cuando se tratare de agente que ocupe un cargo electivo o de particular confianza o hubiere sido designado previa venia parlamentaria.” <https://www.frenteampio.uy/mas-transparencia/>; <file:///C:/Users/galai/Downloads/proyecto-de-ley-enriquecimiento-ilicito-1.pdf>.

18 Art. 163 ter. (Circunstancias agravantes especiales) Constituyen circunstancias agravantes especiales de los delitos de los artículos 153, 155, 156, 157, 158, 158 bis, 160, 161, 162, 163 y 163 bis: 1°. Que el sujeto activo fuera alguna de las personas comprendidas en los artículos 10 y 11 de la Ley de Prevención y Lucha contra la Corrupción, o 2°. Que el sujeto activo haya obtenido, como consecuencia de cualquiera de estos delitos, un enriquecimiento patrimonial.

19 Esta norma prevé circunstancias especiales de agravación de los delitos de peculado, concusión, cohecho, tráfico de influencias, fraude, conjunción del interés personal con el público, abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley, revelación de secretos y utilización indebida de información privilegiada, quedando fuera únicamente, entre los delitos previstos en los capítulos I y II del Título IV, el soborno (art. 159 C.P.), la omisión contumacial de los deberes del cargo, y el abandono colectivo de funciones (arts. 164 y 165 C.P.). Código Penal Uruguayo, 2ª ed, Miguel Langón, Montevideo, 2018, pp. 474 y ss.

20 Artículo 163-QUATER (Confiscación) Tratándose de los delitos de los artículos 153, 155, 156, 157, 158, 158 bis, 160, 161, 162, 163 y 163 bis, el Juez también podrá confiscar los objetos o valores patrimoniales que sean resultado directo o indirecto del delito. El producto de la confiscación pertenecerá al Estado, a cuyo efecto, y salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, el Juez de la causa lo pondrá a disposición del Poder Ejecutivo, el que le dará el destino especial que la ley establezca. De no haber previsión especial se procederá a su venta y se destinará el importe a Rentas Generales. Lo dispuesto en la presente disposición regirá sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.

21 <https://www.elpais.com.uy/informacion/politica/declaracion-de-bienes-omision-del-senador-sartori-pone-en-alerta-a-experta-en-corrupcion>. Sobre el tema: Galain Palermo, Pablo, "Uruguay" en: OLASOLO, Héctor et al (eds.) Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 383-442.

22 Estos casos vinculan a personas muy cercanas al actual presidente (Luis Lacalle Pou) como su guardia personal, Alejandro Astesiano, relacionado con diversos tráficos de influencias, así como con una organización criminal dedica a ofrecer pasaportes uruguayos a ciudadanos rusos. También casos de corrupción vinculados a la Policía y otros que refieren a la expedición "expres" de un pasaporte a un narcotraficante uruguayo, Sebastián Marse, integrante de un cartel regional de drogas (Paraguay, Bolivia, Brasil, Uruguay) por el que han renunciado las más altas autoridades del Ministerio del Interior y de Relaciones Exteriores y por el que han sido removidos de sus cargos funcionarios medios de la Dirección de identificación Civil. Sobre el tema, Galain, Pablo y Olasolo, Héctor, "Actos individuales desviados, corrupción significativa, gran corrupción, captura del Estado y corrupción institucional", en prensa; Olasolo, Héctor y Galain, Pablo, "Corrupción institucional y organizacional: las redes complejas de corrupción", en prensa.

VENEZUELA

Jesús Enrique Rincón Rincón

Doctor en Derecho. Juez Penal

Profesor de Pregrado y Postgrado en Penal y Procesal Penal

Presidente de la Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas del Estado Zulia

INTRODUCCIÓN

Desde tiempos inmemorables, dentro de los diferentes actos de corrupción, siempre se ha destacado la perpetración del delito de enriquecimiento ilícito, que muchos consideran tan antiguo como el ser humano. En la Mesopotamia de los años 1.500 a.C., era considerado en muchos casos hasta un hecho normal, como una práctica común y generalizada, ya que, al tratar o negociar con algún poderoso funcionario, había que "engrasar las ruedas", para que los negocios se dieran y fluyeran "armoniosamente" para ambas partes, de tal manera que llegó a considerarse como algo incluso lícito, como una especie de transacción comercial. En el año 1.100 a.C., se menciona en Egipto, el primer caso denunciado, durante el reinado de Ramsés IX, cuando Peser, funcionario del Faraón, denunció a otro funcionario, por haberse asociado con una banda de profanadores de tumbas, para enriquecerse ilícitamente. Algo parecido sucedió en la antigua Grecia, donde en el año 324 a.C., el orador y político Demóstenes fue acusado por corrupción, por supuestamente haberse apoderado de tesoros que alcanzaban a una suma equivalente a 20 talentos (más de 500 mil dólares actuales), que presuntamente le había sido confiados, delito éste por el cual fue condenado a pagar 50 talentos, que no pudo cancelar y decidió huir. Algo similar ocurrió con el líder ateniense Pericles, conocido como el incorruptible, quien fue acusado de especular con los trabajos del Partenón.

Durante la época colonial en el nuevo continente americano, también se dieron muchos casos de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, como el del conquistador español Hernán Cortés, a quien se le procesó por la apropiación ilícita de oro y animales en el Virreinato de Nueva España, actualmente México.

De tal manera, que la corrupción y, dentro de ella, el enriquecimiento ilícito, siempre han estado presentes, en mayor o menor medida, dentro de las malas costumbres de los funcionarios públicos. Y a pesar de las "luchas" que se han emprendido en contra de estas prácticas y de los castigos extremos que se han implementado, incluida la pena de muerte¹, nada ha impedido que, lejos de disminuir, los delitos de corrupción, en

todas sus modalidades, sigan aumentando y prosperando, en forma cada día más sofisticada. Aunque se menciona actualmente como una excepción, el caso de la ciudad-Estado de Singapur, en el Sudeste asiático, donde penas muy severas han hecho disminuir los delitos.

En Venezuela, el artículo 141 de la Constitución Nacional, establece que la administración pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la Ley y al derecho. Es evidente que si ésta disposición constitucional se cumpliera, no existiría la corrupción pública. Para combatir este flagelo de la corrupción, se han implementado, sin mayor éxito, muchas disposiciones legales, tanto a través del Código Penal, como utilizando Leyes Especiales, como las derogadas Ley de Responsabilidad de Funcionarios Públicos², Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios Públicos³ y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público⁴, esta última sustituida por la Ley Contra la Corrupción⁵, que ya ha sido reformada en varias oportunidades. **La actual Ley Contra la Corrupción** fue publicada hace año y medio, el día 2 de mayo de 2022, en la Gaceta Oficial N° 6.699 Extraordinario.

Los delitos que se encuentran previstos en la Ley Contra la Corrupción vigente, son los usuales en este tipo de legislación: peculado y sus diversas modalidades, malversación de fondos, corrupción propia e impropia, instigación a la corrupción, enriquecimiento ilícito, acto arbitrario, favorecimiento electoral, concusión, evasión de aplicación de procedimientos de licitación u otros controles, utilización ilegal de fondos públicos, abarcando un total de más de 20 diferentes conductas delictivas. Para este artículo nos centraremos en analizar brevemente el delito de Enriquecimiento Ilícito en Venezuela.

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN⁶

Dicho hecho punible aparece en el artículo IX de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, donde se establece textualmente lo siguiente:

Artículo IX

Enriquecimiento ilícito

“Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho, adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del

patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

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

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

En la nueva Ley Contra la Corrupción 2022, se eliminó la Disposición Final Primera, que mencionaba que en todo cuanto fuere procedente, se aplicara lo previsto en la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Así como que *“Las autoridades venezolanas competentes adoptarán especialmente, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes, todas las medidas que sean necesarias para hacer efectivo lo previsto por dicha convención en las materias de extradición, medidas sobre bienes y secreto bancario, reguladas por sus artículos XIII, XV y XVI.”* Como muy bien lo expresa Fernando Fernández, *“Esta omisión es un nuevo obstáculo a la lucha contra la corrupción, porque elimina de un zarpazo los dispositivos interamericanos en materia de extradición, recuperación de activos y secreto bancario. En otras palabras, el retroceso es inmenso y el aislamiento de Venezuela de los mecanismos interamericanos crea un espacio de impunidad propicio para tales delitos transnacionales”.* Sin embargo, considero que aunque deliberadamente eliminaron esa Disposición tan importante, probablemente con fines inconfesables, igual esa Convención sigue siendo Ley de la República, ya que no ha sido derogada.

También se encuentra contemplado este delito en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003 (en su artículo 20) y en la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la Corrupción.

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN VENEZUELA. NUEVA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN

EL día 2 de mayo de 2022, en la Gaceta Oficial N° 6.699 Extraordinario, aparece publicada la Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de ley Contra la Corrupción. Lógicamente allí figura como uno de los delitos contra el Patrimonio Público y la Administración de Justicia (¿), el Enriquecimiento Ilícito y aparece de la siguiente manera:

“TÍTULO IV. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO PÚBLICO Y LA ADMINISTRACIÓN

DE JUSTICIA EN LA APLICACIÓN DE ESTA LEY

Capítulo I. Enriquecimiento Ilícito y su Restitución al Patrimonio Público

.../...

Enriquecimiento ilícito

Artículo 53. Incurrir en enriquecimiento ilícito la funcionaria pública o funcionario público que hubiere obtenido en el ejercicio de sus funciones un incremento patrimonial desproporcionado con relación a sus ingresos, que no pudiese justificar (al serle) requerido y que no constituya otro delito.

Para la determinación del enriquecimiento ilícito de las personas sometidas a esta Ley, se tomarán en cuenta:

1. La situación patrimonial de la investigada o investigado.
2. La cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios.
3. La ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación causal con el enriquecimiento.
4. Las ventajas obtenidas por la ejecución de contratos con alguno de los entes indicados en el artículo 4 de esta Ley⁷.

Personas adicionales al enriquecimiento ilícito.

Artículo 54. Además de las personas indicadas en el artículo 3 de esta Ley, podrán incurrir en enriquecimiento ilícito:

1. Aquellas a las cuales se hubiere exigido declaración jurada de patrimonio, de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de esta Ley.
2. Aquellas que ilegalmente obtengan algún lucro por concepto de ejecución de contratos celebrados con cualquiera de los entes u órganos indicados en el artículo 4 de esta Ley⁷.

EN QUE CONSISTE EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

De acuerdo con el artículo 53 de la ley Contra la Corrupción, “*Incurrir en enriquecimiento ilícito la funcionaria pública o funcionario público que hubiere obtenido en el ejercicio de sus funciones un incremento patrimonial desproporcionado con relación a sus ingresos, que no pudiese justificar (al serle) requerido y que no constituya otro delito*”. Tal parece que hubo una omisión del legislador, ya que, para que el párrafo tenga sentido, entre “*justificar*” y “*requerido*”, es necesario agregarle algo como “*al serle*”. Este error viene desde hace casi 2 décadas, ya que también estaba en la Ley Contra la Corrupción del año 2003 (artículo 46) y en las otras que le siguieron. Pero el error mas grave es que dicha norma no establece pena alguna.

Podemos entonces considerar que el Enriquecimiento Ilícito es un tipo de delito de corrupción política y administrativa, perpetrado por un funcionario público, en el manejo ilícito de fondos o bienes públicos, que le

fueron confiados por el cargo que detentaba, de lo cual se aprovechó ilegalmente, para incrementar desproporcionadamente su patrimonio, sin poder justificar racionalmente dicho aumento. Constituyéndose en un delito especial por ser el agente o sujeto activo, siempre un funcionario público, aunque también pueden participar y beneficiarse particulares.

Otro delito prácticamente igual al Enriquecimiento Ilícito, denominado “Incremento Injustificado de Patrimonio”

En el artículo 80 de la misma Ley, se repite el error que ya tiene el legislador más de 20 años cometiéndolo, que es el colocar la descripción del mismo tipo penal, en dos normas distintas: los artículos 53 y 80, pero con nombres diferentes. La Sentencia 463 de la Sala de Casación Penal, de fecha 13 de diciembre de 2013, establece que “*El delito de ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, se encuentra previsto y sancionado en los artículos 46 y 73 de la Ley Contra la Corrupción ...*”, actuales artículos 53 y 80.

“Incremento injustificado de patrimonio

Artículo 80. La funcionaria pública o funcionario público que hubiere obtenido en el ejercicio de sus funciones un incremento patrimonial desproporcionado con relación a sus ingresos, que no pudiese justificar, y que haya sido requerido debidamente para ello y que no constituya otro delito, será sancionada o 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 justificado⁸.

Este delito previsto en el artículo 80, a diferencia del establecido en el artículo 53, sí establece una pena o sanción, de 3 a 10 años de prisión

CUESTIONAMIENTOS MÁS IMPORTANTES A LA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN

Varios autores han hecho severas y justificadas críticas a esta Ley, especialmente relacionadas con los principios, derechos y garantías constitucionales y legales, sobre todo en relación con los siguientes aspectos:

A) Discusión sobre la Constitucionalidad de la obligación de declarar por parte de funcionarios y particulares establecida en esta Ley

La Ley Contra la Corrupción venezolana, establece en su artículo 57, la obligación de declarar “*de los hechos que conozcan*”, tanto para los funcionarios públicos como a los particulares, en relación con cualquier “*hecho que se averigua*”. Esta disposición ha sido muy cuestionada, por considerarse que viola expresas disposiciones constitucionales y legales, que garantizan a los ciudadanos precisamente lo contrario, su derecho a guardar silencio y a no declarar, sin que su silencio los perjudique, ni se interprete como aceptación de nada,

sobre todo de algo que lo pueda perjudicar. Veamos qué dice dicha norma:

“Obligación para declarar

Artículo 57. Las funcionarias, funcionarios, empleadas públicas o empleados públicos y las o los particulares están obligados a rendir declaración de los hechos que conozcan y a presentar a la Contraloría General de la República o a sus delegados, al Ministerio Público y al órgano jurisdiccional competente, según el caso, libros, comprobantes y documentos relacionados con el hecho que se averigua, sin observar lo pautado en el Título VII de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Cuando se tratare de inspección de cartas, telegramas, papeles privados y cualquier otro medio de correspondencia o comunicación, se procederá de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Código Civil y el Código Orgánico Procesal Penal”.

El numeral 5 del artículo 49 de la Constitución nacional, establece que *“Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o a declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza”*. Desarrollando esa disposición constitucional y lógicamente en ese mismo sentido, el Código Orgánico Procesal Penal venezolano en su artículo 132, dispone que *“El imputado o imputada tendrá derecho de abstenerse de declarar como también a declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca sólo como una medida dilatoria al proceso. En todo caso, la declaración del imputado o imputada será nula si no lo hace en presencia de su defensor o defensora”*.

B) Inversión de la carga de la prueba

A pesar de que se afirma y asegura, que, dentro de los principios y garantías procesales, no se acepta que se invierta la carga de la prueba, ya que es el Estado el obligado a probar la responsabilidad y culpabilidad penal del investigado o imputado, lo cierto es que en la práctica eso no ocurre así, ya que, de haber un incremento significativo e injustificado del patrimonio de un funcionario, eso va a ser suficiente para que se le procese y se cuestione la presunción de inocencia, que en teoría ampara a ese funcionario. Aplicando lo establecido en el artículo 53 que dispone expresamente que *“Incurrir en enriquecimiento ilícito la funcionaria pública o funcionario público que hubiere obtenido en el ejercicio de sus funciones un incremento patrimonial desproporcionado con relación a sus ingresos, que no pudiere justificar requerido y que no constituya otro delito”*. Ello, a pesar de que de ese mismo artículo 53 indica que, *“se tomarán en cuenta”*, tres circunstancias, entre ellas, que exista *“La ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y*

que tengan relación causal con el enriquecimiento”. Sin indicar ni aclarar si esas 3 circunstancias deben ser concurrentes o no, para determinar la perpetración del delito, o si basta con que se dé una cualquiera de ellas para demostrarlo. Así como tampoco, en que consisten o cuales son, esos *“actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo”*.

También el artículo siguiente (54), es muy indeterminado y poco preciso, cuando se refiere a otras **“Personas adicionales al enriquecimiento ilícito”**, indicando en su numeral 2 que, *“Además de las personas indicadas en el artículo 3 de esta Ley, podrán incurrir en enriquecimiento ilícito: 1.../...; 2. Aquellas que ilegalmente obtengan algún lucro por concepto de ejecución de contratos celebrados con cualquiera de los entes u órganos indicados en el artículo 4 de esta Ley”*.

Por esos cuestionamientos, con respecto al delito de enriquecimiento ilícito, el Dr. Alberto Arteaga Sánchez ha afirmado que lo que se castiga *“no es propiamente el enriquecimiento durante el desempeño del cargo”*, *“sino la no justificación de lo que se ha obtenido en el ejercicio de las funciones públicas”*⁷⁸. Por lo cual considera que sí se está invirtiendo la carga de la prueba, porque no se requiere la comprobación de la perpetración del delito, sino la acreditación de la procedencia u origen lícito del incremento patrimonial desproporcionado, es decir, que el funcionario o exfuncionario está obligado a justificar la licitud de dicho incremento.

Igual opinión tiene Beltrán Haddad, señalando que esa disposición sigue *“la línea trazada por la Convención Interamericana contra la Corrupción, y plasmada en las legislaciones vigentes en otros ordenamientos jurídicos iberoamericanos, en Venezuela el delito de enriquecimiento ilícito se estructura sobre la base de una presunción iuris tantum en contra del reo, quien será sancionado si no consigue demostrar el origen lícito de su patrimonio”*⁷⁹.

C) Violación del Principio non bis in idem

Según Beltrán Haddad¹⁰, refiriéndose a la Ley Contra la Corrupción de 2003, pero cuyos errores se repiten en ésta, *“el principio non bis in idem, aparece claramente violentado en el artículo 33 (actual artículo 38), que establece ciertas sanciones administrativas ‘Independientemente de la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria’*. En síntesis, se pueden aplicar múltiples sanciones por el mismo hecho, sin que esta grave violación de principios fundamentales haya sonrojado en lo más mínimo al legislador venezolano”¹¹.

D) Duplicidad de hechos punibles y delitos sin pena

Tal y como ya antes se indicó, el delito de Enriquecimiento Ilícito se encuentra repetido en 2 artículos: en el 53 y en el 80 (con otro nombre). En uno (el 53) no contiene sanción o castigo alguno, el otro (el 80) sí prevé una pena de prisión de 3 a 10 años.

El Enriquecimiento Ilícito no es un delito contra la Administración de Justicia, sino contra el Patrimonio y la Administración Pública

Siempre se ha considerado que los delitos contra la Administración de Justicia son otros, ya que, como su nombre claramente lo indica, son aquellos que lesionan el buen funcionamiento de la Administración de la Justicia, tales como: la prevaricación, el falso testimonio, las denuncias y acusaciones falsas, la obstrucción a la Justicia, el quebrantamiento de la condena, el promover o presentar pruebas falsas, etc. Estimo por lo tanto que es un error del legislador el señalar en el Capítulo I del Título IV, que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito contra la Administración de Justicia, cuando en realidad es un delito contra el Patrimonio y la Administración Pública.

No obstante lo antes expresado, en los artículos del 91 al 94 de la Ley Contra la Corrupción (Capítulo III del Título IV), se establecen algunos Delitos Contra la Administración de Justicia en la aplicación de esta Ley, como son: Denegación de Justicia y Abuso de Poder; Retardo Procesal; Omisión Dolosa de Recursos Legales; e Influencia e Injerencias en Procesos de Contrataciones. Algunos nada tienen que ver con la Administración de Justicia y otros ya figuran en otras leyes, por lo cual es innecesario e inútil su repetición. Recordemos también que la Ley Contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento al Terrorismo, contiene delitos contra la Corrupción, considerándolos de delincuencia organizada.

CONCLUSIONES

Esta “nueva” reforma de la Ley Contra la Corrupción, no aporta absolutamente nada realmente provechoso, para la supuesta lucha contra la corrupción, que supuestamente, según la propaganda gubernamental, se está llevando a cabo en el país. Todo lo contrario, repite los mismos errores que durante 20 años se le han estado criticando a las reformas anteriores. Las penas previstas en la mayoría de los delitos de esta Ley son muy bajas y se sigue observando la misma impunidad que

siempre ha caracterizado a estos delitos de cuello blanco, donde se da una persecución muy selectiva, solo de los peces chicos, ni con el pétalo de una rosa se meten con los peces más grandes, que en Venezuela llaman “los enchufados”.

Los escándalos continúan cada vez con más frecuencia, situando a Venezuela como uno de los países más corruptos del mundo y por cantidades de dinero estratosféricas, realmente inimaginables, como el caso de hace unos 8 meses de Tareck El Aissami, exMinistro de Petróleo, que se desapareció en marzo de 2023, con la bicoca de 23 mil millones de dólares. Por ello, gran parte de la población, tiene una muy mala opinión de los empleados y funcionarios públicos, considerando que la mayoría son corruptos.

Esta reforma es una total decepción, no combate la corrupción y pareciera que su objetivo es que nada cambie y que todo siga igual, en una actitud complaciente, cómplice y gatopardiana. Se esperaba otra cosa muy distinta, que se establecieran normas básicas que ya siguen muchos organismos internacionales y que han sido muy exitosas en otros países. Así como que se establecieran los mecanismos idóneos para recuperar los más de 600 mil millones de dólares, producto de la corrupción y el saqueo que se ha desatado desde hace 24 años en Venezuela y que han sido sacados del país hacia paraísos fiscales.

Notas:

- 1 El 12 de enero de 1824, El Libertador Simón Bolívar, dictó un Decreto, estableciendo la pena de muerte, a todo funcionario público que hubiere malversado o tomado para sí “de diez pesos para arriba”.
- 2 Del 7 de junio de 2012.
- 3 Promulgada el 18 de octubre de 1948 y reformada en 1974
- 4 Publicada en la Gaceta Oficial No. 3.077 Extraordinario, del 23 de diciembre de 1982
- 5 Publicada en la Gaceta Oficial No. 5.637 Extraordinario, de fecha 7 de abril de 2003
- 6 Publicada en la Gaceta Oficial N° 36.211 del 22 de mayo de 1997
- 7 Artículo 46 de la Ley del año 2003
- 8 ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. “Comentarios a la Ley Contra la Corrupción”. Ob. Cit. Pág. 101.
- 9 Ibid.
- 10 Ex-Magistrado de la Sala de Casación penal del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela
- 11 Ponencia presentada en el I Seminario sobre la Ley Contra la Corrupción. 29 y 30-08-03. Colegio de Abogados.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/