

ALERTA ANTICORRUPCIÓN:

Apuntes de tipicidad sobre el delito de enriquecimiento ilícito



ALERTA ANTICORRUPCIÓN

Erick Guimaray
Coordinador del Área Penal del IDEH-PUCP

Apuntes de tipicidad sobre el delito de enriquecimiento ilícito

I. Introducción

El delito regulado en el art. 401 de nuestro Código Penal (=CP) sanciona el supuesto de hecho según el cual un funcionario público, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos. Siendo que se sanciona el hecho de enriquecerse a costas del poder público, no es preciso que se prueben los delitos o ilícitos administrativos cometidos por el funcionario, en virtud de los cuales se enriqueció, pero sí que el enriquecimiento sea producto de su ejercicio funcional. El ejercicio funcional no se circunscribe estrictamente a las funciones administrativas o laborales del funcionario, sino a toda utilización del poder, político por ejemplo, que el ejercicio de la función pública otorga.

El tipo penal del enriquecimiento ilícito reviste vital importancia de cara a una adecuada e integral respuesta político-criminal ante la vigente, constante y cada vez más sofisticada categoría criminal de la corrupción. Es más, podría afirmarse que el tipo penal del art. 401 CP es el delito de corrupción de funcionarios por excelencia, pues describe un elemento fundamental en la naturaleza jurídica del concepto de funcionario público *a efectos penales*. Esto es, si consideremos que es funcionario público toda persona capaz de vincular al Estado con sus actos, respecto de lo que ahora interesa, parece lógico reivindicar el deber de transparencia económica de quien se sitúa entre los recursos del Estado y los destinatarios

del mismo. Pues, resulta del todo legítimo que la sociedad se interese porque nadie utilice de forma privada aquello que fue pensado para todos, como también que quien tiene el poder de “administrar” alguna parcela del Estado, no se aproveche de dicho poder trastocando los fines objetivos y legales de la gestión estatal.

El delito de enriquecimiento ilícito es objeto de intensa actividad en nuestra jurisprudencia, así como en la exhaustiva labor de nuestra doctrina. Y desde el Área Penal del IDEH-PUCP queremos llamar la atención sobre uno de los principales tópicos puestos a debate en este delito: la relación funcional entre el cargo y el enriquecimiento.

II. Comportamiento típico del delito de enriquecimiento ilícito: la relación funcional del enriquecimiento

El fenómeno jurídico social de la corrupción se caracteriza por la complejidad de sus tejidos y el poder de sus relaciones. La definición más amplia de este fenómeno, la cual no le es ajena al Derecho penal, tiene que ver con el aprovechamiento del poder público en beneficio privado. Ahora bien, el elemento normativo de aprovechamiento del poder público en beneficio privado se expresa en una multiplicidad de tipos penales, por ejemplo “la colusión”, el “tráfico de influencias” o “el cohecho”. Sin embargo, siempre que exista un supuesto de hecho donde el poder público beneficie a quien lo porta y no a la sociedad en su conjunto estaremos ante una realidad de relevancia penal, en atención de que son los recursos administrados por el Estado los instrumentos indispensables para el cumplimiento de sus objetivos constitucionales. Motivo por el cual, administrarlos, de forma directa o indirecta, supone una cuota de poder muy importante que, de acuerdo a la experiencia, se convierte en un potencial foco de peligro para el bien jurídico “administración pública”.

El tipo base del art. 401 CP vigente sanciona el enriquecimiento por abuso del cargo. En redacciones anteriores, el legislador penal hizo referencia al

enriquecimiento “por razón del cargo” y “durante el ejercicio de sus funciones”. No obstante la diferencia de signos lingüísticos, la *ratio legis* del precepto penal siempre fue la misma: prohibir la obtención de beneficio económico mediante la utilización del poder que la función pública otorga a quienes lo portan desde cualquier posición administrativa.

Entonces, en términos valorativos enriquecerse ilícitamente sea en razón del cargo, durante el ejercicio de las funciones o abusando del cargo significan exactamente lo mismo. No es cierto, por tanto, que una redacción u otra circunscriban la posición del autor del delito a especificaciones del Derecho Administrativo. Es decir, si el legislador sanciona el uso ilegítimo de la función pública, se entiende que poco o nada importa el título administrativo específico, como sí que el sujeto se encuentre en un ámbito de riesgo potencial contra el bien jurídico y que del caso concreto se puedan extraer los elementos de imputación necesarios que vinculen el enriquecimiento ilícito con las posición idónea dentro de la Administración para lograrlo.

De otro lado, existe absoluto acuerdo en nuestra jurisprudencia acerca de la necesidad de acreditar el nexo causal entre el ejercicio del cargo público y el enriquecimiento ilícito. Sin embargo, el término “nexo causal” no puede confundirnos. En el estado actual de evolución del Derecho penal el juicio de atribución de responsabilidad penal es valorativo antes que causal. Con un ejemplo, en términos de causa/efecto, donar un auto o ser víctima de un robo son disminuciones patrimoniales, pero si el último supuesto es delito y el primero no lo es, es porque en un caso existe una expresión de libre disposición patrimonial que el Estado de derecho le reconoce al titular del bien jurídico “patrimonio”.

En tal sentido, el nexo causal entre el cargo público ejercido y el enriquecimiento no versa sobre el efectivo dominio de bienes o dinero que el funcionario pueda tener en sus manos y de los cuales pueda lucrar. Y esto es así, en primer lugar, porque si centramos el análisis preguntándonos si el funcionario tuvo o no dominio causal de efectos o bienes, estaríamos

en otro supuesto delictivo distinto del enriquecimiento, por ejemplo, en el tipo penal del peculado. En segundo lugar, porque en el delito de enriquecimiento ilícito, como en todo delito del Título XVIII del Código Penal, no es el patrimonio del Estado lo que se protege, sino el fin prestacional, la objetividad y la legalidad en la Administración Pública.¹ Por tanto, en este tipo de delitos no se sanciona la afectación al patrimonio del Estado, ni el dominio sobre bienes, efectos y caudales, sino, y en lo que respecta al delito de enriquecimiento ilícito, el abuso del poder para enriquecerse.

Si esto es así, la relación funcional entre el ejercicio del cargo y el enriquecimiento ilícito no radica en el dominio que el funcionario tenga en virtud de sus funciones laborales. La atribución valorativa o normativa relacionada con el deber funcional en el delito de enriquecimiento ilícito tiene que ver con el contexto de idoneidad lesiva en el que se desenvuelva el funcionario público. Es decir, el ejercicio de la función pública, en muchas ocasiones, no solo otorga poder sobre bienes o caudales administrados, sino que, y esto es lo más común, otorga poder sobre una serie de relaciones de interés que sobrepasan la especificidad de las funciones administrativas y son cuestiones que tienen que ver con 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.

Esta realidad criminológica de los delitos contra la Administración Pública se explica, además, por la otra característica de los actos de corrupción: la dificultad en la actividad probatoria. Pocas veces existe prueba directa en la categoría criminal de la corrupción y esto, expresado en lo que ahora nos importa, se refleja en que muy pocas veces podremos imputar enriquecimiento ilícito en actos que tengan que ver directamente con el

¹ El patrimonio del Estado no es objeto de protección en los delitos contra la Administración Pública y así lo determina el ordenamiento internacional: art. 1 CICC y art. 2 CNUC.

ejercicio de la función, descrita en términos administrativos o laborales. Y esto es así, pues el poder público va más allá de la función que se realiza y abarca distintas formas de gestión de intereses de las cuales se pueden generar ganancias indebidas de parte de los interesados en el aprovechamiento del poder público. Para decirlo con un ejemplo, un asistente podrá traficar con influencias y por ello beneficiarse económicamente, y un juez en virtud de una sentencia injusta podrá hacer lo mismo. El comportamiento típico es distinto, pero no la naturaleza del ilícito: se trata de conductas que abusan del poder que la Administración otorga, de forma directa o no, a sus funcionarios.

Con esto no se afirma que para imputar el delito que se comenta debemos probar el delito fuente, pero sí que del contexto idóneo y del caso concreto se pueden extraer argumentos en orden de describir el riesgo típico que supone el delito de enriquecimiento ilícito.

III. Conclusión

La relación funcional entre el cargo público y el enriquecimiento no versa sobre las facultades de disposición material sobre bienes, efectos o caudales en virtud del cargo desempeñado en el aparato estatal. No solo porque ello se desvalora en el delito de peculado, sino porque, principalmente, es factible el enriquecimiento ilícito mediante el aprovechamiento del poder político, de gestión o institucional que la función pública presupone, en cualquiera de las instancias de la Administración.