

---

## *PROBLEMA DE APLICACIÓN DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: DESCONOCIMIENTO DE SU NATURALEZA SUBSIDIARIA*

---

**César Augusto Nakazaki Servigón**

*Abogado. Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Lima y en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque.*

Los procesos penales que desarrolla el Poder Judicial por hechos llevados a cabo por la organización criminal que dirigió el exasesor del Servicio de Inteligencia Nacional, Vladimiro Montesinos Torres, exigen un vigilante control respecto de la utilización del derecho penal, en busca de mantener el equilibrio de armas que permite diferenciarse a la sociedad del delincuente: la sociedad combate los problemas aplicando la ley, a pesar de que su resultado no agrada o satisfaga el sentimiento popular de justicia; el delincuente enfrenta sus problemas violando la ley.

¿Qué debe hacer el operador del derecho frente a una ley penal que se considera "deficiente" porque no responde a la expectativa de justicia de la opinión pública? ¿La cumple y promueve luego su cambio? ¿O la viola e inventa una solución no prevista en la ley?

En los casos penales que se desarrollan se advierte que los operadores del derecho tienen problemas para aplicar razonable y técnicamente la ley penal, como se demuestra a propósito del delito de enriquecimiento ilícito, cuyo tipo penal se aplica sin considerar su naturaleza subsidiaria.

**Composición típica del delito de enriquecimiento ilícito de acuerdo con el artículo 401 del Código Penal****Bien jurídico**

El macrobién jurídico es el correcto funcionamiento de la administración pública y el microbién jurídico u objeto específico de tutela penal es el deber de honradez del funcionario público.

**Parte objetiva del tipo****Parte subjetiva del tipo**

## 1) Sujetos.

Siendo un tipo cualificado por el agente, sujeto activo solamente puede serlo el funcionario o servidor público que actúe poseyendo competencia en razón de la función o del cargo.

El sujeto pasivo es el Estado.

## 2) Acción típica.

Pese a que en la fórmula legal se advierte que el delito consiste en un enriquecimiento ilícito, no existe prevista en el tipo penal una acción de forma específica<sup>1</sup>.

El enriquecimiento ilícito se tiene que delimitar recurriendo a la dogmática jurídica, la que permite establecer que éste se daría de verificarse un contraste o desbalance injustificado y ostensible en el patrimonio del agente, comparado antes, durante y después de ser funcionario o servidor público<sup>2</sup>.

## 3) Enriquecimiento significativo.

Es un elemento normativo del tipo, que asigna relevancia penal solamente a un desbalance patrimonial que signifique enriquecimiento; esto es, que el incremento que lo produce sea de apreciable contenido patrimonial, considerando para ello, por ejemplo, el nivel remunerativo del sujeto activo o la composición de su patrimonio.

## 4) Enriquecimiento ilícito.

Es un elemento normativo del tipo, que exige el verificar que el sujeto activo no tiene justificación para el incremento patrimonial detectado.

## 5) Relación o nexos funcional.

Es un elemento normativo del tipo, que exige la existencia de un vínculo funcional entre el cargo del agente y el incremento patrimonial no justificado.

## 1) Dolo.

Es el conocimiento y voluntad de los elementos de la parte objetiva del tipo; esto es, el dolo debe abarcar el enriquecimiento ilícito que significa el desbalance patrimonial provocado por un incremento injustificado.

1 La falta de acción típica adecuadamente definida en el tipo de penal del artículo 401, hace que éste presente graves problemas al colisionar con el límite formal de la función punitiva del Estado: principio de legalidad.

2 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2001, p. 466.

## 1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA DE APLICACIÓN DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

En casos penales seguidos a altos funcionarios del Estado que desempeñaron funciones públicas durante el gobierno del expresidente Alberto Fujimori Fujimori, se les atribuye la comisión de los delitos de cohecho pasivo propio y enriquecimiento ilícito por haber recibido dinero del exasesor del Servicio de Inteligencia Nacional, Vladimiro Lenin Montesinos Torres, como consecuencia de su aceptación de violar algún deber de función en favor de su organización criminal.

La tipificación del hecho de la percepción de soborno en los tipos penales de los artículos 393 y 401 del Código Penal, como se demuestra a continuación, viola el principio de legalidad y el principio *ne bis in idem*, pues tratándose de un concurso aparente de leyes el tipo subsidiario del artículo 401 solamente podría ser aplicado de no encuadrar el hecho en el tipo principal del artículo 393.

## 2. NATURALEZA SUBSIDIARIA DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DEL ARTÍCULO 401 DEL CÓDIGO PENAL

Entre los tipos penales de cohecho pasivo, en sus dos modalidades, y el supuesto típico de enriquecimiento ilícito, existe una relación de subsidiariedad tácita que se verifica al efectuar la operación de interpretación del tipo penal del artículo 401. El examen dogmático-jurídico del supuesto típico de enriquecimiento ilícito permite establecer la estructura que se observa en el cuadro de la página anterior.

De acuerdo con la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito desarrollada, éste carece de la descripción de acción típica, lo que se explica si se considera que *esta figura delictiva surgió para evitar que delitos contra la administración pública que cometían funcionarios o servidores públicos quedaran en la impunidad por problemas de probanza*<sup>3</sup>.

Sebastián Soler<sup>4</sup>, Jorge E. Buompadre<sup>5</sup>, Marcelo Sancinetti<sup>6</sup>, Edgardo Alberto Donna<sup>7</sup>, Jorge Luis Villada<sup>8</sup>, Erleans de Jesús Peña Ossa<sup>9</sup>, William René Parra Gutiérrez<sup>10</sup> y Alfonso Gómez Méndez<sup>11</sup> establecen que el fundamento del enriquecimiento ilícito es la prevención de la impunidad, derivada de dificultades probatorias,

3 El derecho penal de Colombia y el de Argentina han influido en la incorporación a la legislación peruana del tipo de enriquecimiento ilícito, por lo que resulta útil ver en ellos la causa de la creación de esta figura típica, siendo en ambos la misma: el contar con un supuesto típico que opere sin necesidad de demostrar la conducta ilícita realizada por el funcionario o servidor público mediante la que se generó el patrimonio no justificado, bastando el determinar un desbalance patrimonial injustificado para aplicar el derecho penal.

4 SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: TEA, 1978, p. 205.

5 BUOMPADRE, Jorge E. *Delitos contra la administración pública*. Buenos Aires: Mave Editor, 2001, p. 339.

6 SANCINETTI, Marcelo A. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, 2a. edición. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, pp. 17 y 18.

7 DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la administración pública*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2000, p. 392.

8 VILLADA, Jorge Luis. *Delitos contra la función pública*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 383.

9 PEÑA OSSA, Erleans de Jesús. *Delitos contra la administración pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, p. 201.

10 PARRA GUTIÉRREZ, William René. *Delitos contra la administración pública*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1998, p. 164.

11 GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso. *Delitos contra la administración pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 254 y 255.

de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios o servidores públicos. En efecto, ante la perjudicial impresión social que generaba el absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación —al no poder probar el delito que permitió esta acumulación—, se optó por el recurso de crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito, que se utilizaría precisamente en los casos en que no se acreditase la actividad criminal que llevó a cabo el funcionario público para la obtención del patrimonio sin justificación legal.

Según expresa Sebastián Soler:

El problema que presenta el enriquecimiento de funcionarios en gran medida afina en la dificultad de la prueba. En realidad, los procedimientos por los cuales se produce el enriquecimiento son invariablemente delictivos en sí mismos: el cohecho, la exacción, la negociación incompatible, el peculado, el abuso de autoridad, la extorsión...

El empleo de esa clase de mecanismos multiplica las dificultades probatorias ya en sí considerables en toda esa clase de delitos, y ello ha sido causa de que en numerosos antecedentes de la actual disposición se tienda a procurar una especie de delito presuntivo o se sospecha, o directamente se establezcan presunciones de culpabilidad... Para salvar esa dificultad, se ha dicho que lo más expeditivo consiste en crear una figura fundada en la presunción de ilicitud del enriquecimiento, contra el que no pruebe la corrección del incremento patrimonial<sup>12</sup>.

Jorge E. Buompadre, por su parte, anota:

La corrupción, la concusión, el peculado, las negociaciones incompatibles son delitos ejecutados ordinariamente de modo su-

brepticio y astuto... Así resulta que la dificultad de esa prueba concretamente referida a un hecho viene a determinar absoluciones que podríamos llamar escandalosas porque benefician a sujetos cuyo estado de fortuna ha cambiado ostensiblemente en el curso de pocos años de desempeño de una función pública, sin que sea fácil señalar la procedencia ilícita de los bienes. Para salvar esa dificultad... lo más expeditivo consiste en crear una figura fundada en la presunción de ilicitud del enriquecimiento, contra el que no pruebe la corrección del incremento patrimonial<sup>13</sup>.

Marcelo A. Sancinetti, sobre el mismo punto, señala:

... se inspiraron en el problema político criminal concreto y especialmente alarmante en Argentina y América Latina en general, de la frecuencia e intensidad con que los funcionarios públicos aumentan su estado patrimonial durante el ejercicio de su cargo, presumiblemente por hechos delictivos (cohecho, malversación, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, prevaricación), sin que resulte fácil determinar el hecho punible concreto, y mucho menos uno que pueda ser judicialmente "comprobado". Se pensó así que con la sanción de un texto legal que incriminara ya el dato fáctico de que el funcionario registrase un incremento patrimonial, sin que pudiera justificarlo por vía de los ingresos por él declarados, se haría "fácil" probar el hecho delictivo...

Inclusive en la actualidad se sostiene que el delito de "enriquecimiento ilícito"... es el delito de corrupción más fácil de probar<sup>14</sup>.

Edgardo Alberto Donna, asimismo, manifiesta:

12 SOLER, Sebastián. Op. cit., pp. 204 y 205.

13 BUOMPADRE, Jorge E. Op. cit., p. 339.

14 SANCINETTI, Marcelo A. Op. cit., pp. 17 y 18.

Lo que sucede es que se sospecha que, detrás de la riqueza de un funcionario, hay otro delito y, como éste no se puede probar, se invierte la carga de la prueba y con ello se construye el tipo penal<sup>15</sup>.

Por su parte, Jorge Luis Villada afirma:

El proyectista fundamentaba la creación de esta figura en la necesidad de limitar la corrupción inmoral de los funcionarios públicos a través de una conducta que aunque se presentaba indeterminada y antipática a la dogmática penal-constitucional, resolvía la dificultad práctica que se presentaba para probar muchos hechos concretos contra funcionarios públicos contenidos en el Código Penal. Partía de la idea de que el enriquecimiento de un funcionario que no fuese probado que se realizó con corrección, se presumía ilícito<sup>16</sup>.

Del mismo parecer es Erleans de Jesús Peña Ossa:

El enriquecimiento ilícito es un abuso de poder realizable ya por el abuso funcional, ora por el abuso del cargo, lo que implica que en la generalidad de los casos el acrecentamiento patrimonial es el resultado de uno o varios delitos contra la administración pública, "de igual o distinta especie, pero del mismo género, que no pudieron ser demostrados en forma particular y concreta. En efecto, el enriquecimiento pudo provenir de un peculado por apropiación o de la comisión de muchos peculados, o pudo tener el origen en la comisión de peculados, cohechos, concusiones, o de cualquier otro delito de aquellos propios del servidor oficial y que representan utilidades o beneficios lucrativos"... el enriquecimiento ilícito opera para impedir que por falta de demostración de uno o varios delitos cumplidos con abuso de poder, los mismos queden impunes<sup>17</sup>.

En similar sentido, William René Parra Gutiérrez manifiesta:

El tipo penal del enriquecimiento ilícito constituye en últimas circunstancias la forma como el legislador le sale al servidor público corrupto a quien no puede probarsele la comisión de otro delito contra la administración pública susceptible de enriquecer su patrimonio<sup>18</sup>.

Y Alfonso Gómez Méndez anota:

Es decir, que si se demuestra que un empleado oficial se enriqueció injustificadamente por razón de su cargo o de las funciones propias de éste, pero la prueba no permite establecer con precisión si el incremento patrimonial fue producto de un peculado, de un cohecho, de una concusión, etc., habría necesidad de absolverlo si no existiera en el Código la figura del enriquecimiento ilícito, concebida precisamente para suplir esta falta de precisión probatoria. Porque si la prueba permite deducir con certeza que el incremento patrimonial fue el producto del peculado, de un cohecho, pues obviamente al empleado oficial se le condenará por el peculado, o por el cohecho, o por el delito contra la Administración Pública que con precisión se hubiese establecido<sup>19</sup>.

Así, el tipo penal de enriquecimiento ilícito opera cuando se trata de un funcionario o servidor público *al que no se le ha podido probar que haya cometido delito contra la administración pública*, pero sólo si se demuestra el incremento patrimonial no justificado significativo que se presume el mismo produjo. *El fundamento político criminal del tipo penal de enriquecimiento ilícito, o su ratio legis, es el que permite establecer el carácter subsidiario del supuesto típico del artículo 401.*

15 DONNA, Edgardo Alberto. Op. cit., p. 392.

16 VILLADA, Jorge Luis. Op. cit., p. 383.

17 PEÑA OSSA, Erleans de Jesús. Op. cit., p. 201.

18 PARRA GUTIÉRREZ, William René. Op. cit., p. 164.

19 GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso. Op. cit., pp. 254 y 255.

La doctrina nacional, de forma predominante, reconoce la subsidiariedad del supuesto típico de enriquecimiento ilícito. Fidel Rojas Vargas, al trabajar la parte objetiva del tipo penal de enriquecimiento ilícito, lo califica de subsidiario o complementario<sup>20</sup>:

El tipo penal del art. 401 no describe conducta alguna ni aporta mayores elementos de tipicidad o de antijuricidad que guíen en el análisis jurídico, situación que contradice los postulados del principio de legalidad y hace de dicha figura una construcción típica anómala. No obstante de la naturaleza del hecho ilícito, de la gravedad de la sanción y el carácter subsidiario o complementario de dicha norma...

Manuel A. Abanto Vásquez reconoce que el tipo penal de enriquecimiento ilícito opera con carácter subsidiario; constituye un tipo residual que se aplica a conductas no abarcadas por otros supuestos típicos<sup>21</sup>:

Esta interpretación permite entonces que el tipo penal de "enriquecimiento ilícito" se aplique como tipo residual auténtico, cuando el enriquecimiento provenga de otros delitos perseguibles penalmente...

Una solución distinta se obtendría si se admitiera la total autonomía del tipo penal de "enriquecimiento ilícito", pero ello implicaría violar el principio de *ne bis in idem*...

Manuel Frisancho Aparicio y A. Raúl Peña Cabrera, al comentar el tema de los concursos respecto del delito de enriquecimiento ilícito, establecen que no existe la posibilidad de que concurra con figuras

delictivas afines, precisamente por tratarse de un tipo penal subsidiario<sup>22</sup>: "Al ser un delito *subsidiario* no es posible que concurra con figuras delictivas afines".

Jorge Hugo Álvarez, al comentar las características del tipo penal del artículo 401, lo define como genérico y subsidiario<sup>23</sup>:

El legislador ha recurrido a un tipo genérico y *subsidiario* para aquellos casos en que no se pueda probar el hecho ilícito...

... la *subsidiariedad* del tipo opera para impedir, precisamente, que por falta de pruebas o demostración de los hechos, quede impune una conducta que no se sabe qué es, pero que conlleva como expresión práctica un aumento patrimonial del agente derivado directa o indirectamente del ejercicio del cargo y que razonablemente no lo justifique.

Víctor Roberto Prado Saldarriaga, el más importante especialista penal con el que cuenta la magistratura peruana, afirma que el enriquecimiento ilícito no debe provenir de otro delito funcional como el cohecho pasivo, el peculado o la concusión, ya que se trata de un tipo penal subsidiario; esto es, solamente se aplica cuando no se verifique la comisión de otro delito contra la administración pública<sup>24</sup>:

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 subsidiario*. Sólo en la medida en

20 ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit., p. 465.

21 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra Editores, 2001, pp. 484 y 485.

22 FRISANCHO APARICIO, Manuel y A. Raúl PEÑA CABRERA. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Editora Fecat, 1999, p. 358.

23 HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 217.

24 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Todo sobre el Código Penal*. Tomo I. Lima: Idemsa, 1996, p. 291.

que el enriquecimiento no se deba a la comisión de otro delito funcional, será posible invocar la tipicidad del artículo 401 del Código Penal.

Raúl Peña Cabrera y Luis Francia Arias reconocen el carácter subsidiario del tipo penal de enriquecimiento ilícito al determinar la imposibilidad de que concurra en concurso aparente de leyes o ideal de delitos<sup>25</sup>:

En vista de que es un delito subsidiario en los que vulneran los deberes profesionales, no es posible que concurra con algunos hechos punibles afines.

Recientemente, Dino Carlos Caro Coria también establece la naturaleza subsidiaria del tipo penal de enriquecimiento ilícito a partir de la consideración de que se trata de un tipo penal de peligro abstracto y por tanto aplicable sólo a falta de otro tipo principal de delito contra la administración pública<sup>26</sup>.

Así pues, el delito de enriquecimiento ilícito corresponde a un tipo penal subsidiario; de allí que respecto a los tipos penales de cohecho pasivo, tanto el propio como el impropio, tenga una relación de subsidiariedad, pues éstos resultan tipos penales principales, es decir, se aplican de forma preferente al tipo subsidiario de enriquecimiento ilícito, que solamente podría ser utilizado de no corresponder subsumir el hecho en ninguno de los supuestos típicos de corrupción de funcionario pasiva.

Nos parece importante comentar la opinión del autor nacional Tomás Aladino Gálvez Villegas, quien no comparte la posición de la subsidiariedad del tipo de enriquecimiento ilícito cuando sostiene que solamente tienen esa condición los tipos penales que presentan penas menos graves, situación que no ocurre en el caso del artículo 401 respecto del resto de tipos penales de corrupción de funcionarios; y agrega que el error de la posición que es dominante en la doctrina peruana tiene como causa la influencia que sobre la misma ejerce el derecho penal colombiano, donde sí se justifica la subsidiariedad del enriquecimiento ilícito al existir norma expresa en tal sentido<sup>27</sup>. Esta opinión es equivocada, pues cuando desconoce la naturaleza subsidiaria del tipo penal de enriquecimiento ilícito no considera su *ratio legis* o la razón político-criminal de su creación: la dificultad o imposibilidad de probar, precisamente, el delito —en principio contra la administración pública— que permitió el enriquecimiento ilícito del funcionario. *Es la razón de ser del tipo penal de enriquecimiento ilícito, no el reconocimiento expreso en la norma, lo que determina su naturaleza subsidiaria*<sup>28</sup>.

Los penalistas argentinos, colombianos y peruanos que reconocen la subsidiariedad del tipo penal de enriquecimiento ilícito, no lo hacen porque una disposición legal así lo establezca, sino porque —como se vuelve a insistir— tienen en cuenta que esta figura delictiva fue creada para ser utilizada en aquellos casos penales donde la “prueba diabólica” impide demostrar el delito que generó el enriquecimiento ilícito.

25 PEÑA CABRERA, Raúl y Luis FRANCIA ARIAS. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1993, p. 64.

26 CARO CORIA, Dino Carlos et al. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 382.

27 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Lima: Idemsa, 2001, pp. 196-202.

28 Es claro que Gálvez Villegas no ha tenido en cuenta este criterio, ya que ni siquiera lo trata en su obra, lo que no impide reconocer su esfuerzo.

to. La subsidiariedad del tipo penal del artículo 401 del Código Penal es evidente, pues cuando se pueda probar el delito que produjo el enriquecimiento ilícito del funcionario, no se aplicará este artículo.

Es más, Gálvez Villegas afirma que el tipo penal de enriquecimiento ilícito no puede ser subsidiario debido a la mayor gravedad de la pena respecto de los otros supuestos típicos de corrupción de funcionarios, sin tratar la cuestión de inconstitucionalidad que precisamente dicha situación provocó al colisionar con el principio constitucional de proporcionalidad en sentido estricto.

En la obra de Gálvez Villegas se aprecian incongruencias conceptuales que es importante advertir para valorar sus comentarios. No diferencia adecuadamente el concurso aparente de leyes y el concurso ideal de delitos al aceptar equivocadamente que el delito de enriquecimiento ilícito y el cohecho podrían presentar un caso de concurso ideal, pese a que tienen el mismo macrobién jurídico como objeto de protección: la administración pública; con lo que se deja de lado la primera diferencia entre ambos concursos, pues en el concurso ideal de delitos la necesidad de que concurren dos o más tipos penales a la calificación del hecho es, precisamente, que se haya vulnerado con el mismo hecho más de un bien jurídico<sup>29</sup>.

Otra incongruencia sustancial que se encuentra en la obra comentada radica en apoyarse en el pensamiento del autor español Jesús María Silva Sánchez para validar el debilitamiento de las garantías que contienen los límites a la función punitiva del Estado con la finalidad de lograr una mayor eficacia político-criminal

en el llamado derecho penal contra la corrupción<sup>30</sup>. En su libro *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, el profesor de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra afirma que si bien es cierto, en la actualidad, cierta criminalidad —fundamentalmente la económica— admitiría la flexibilización de los criterios de imputación y las garantías político-criminales, ésta sería característica de un derecho penal

más alejado del núcleo de lo criminal y en el que se impusieran penas más próximas a las sanciones administrativas (privativas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas)<sup>31</sup>.

Silva Sánchez señala expresamente que el conflicto entre un derecho penal amplio y flexible y un derecho penal mínimo y rígido, debe encontrar un punto medio a fin de tratar de “salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tienen asignada una pena privativa de la libertad”<sup>32</sup>.

La posición de Silva Sánchez es clara: el derecho penal amplio y flexible solamente podrá ser utilizado en los casos donde la consecuencia penal o quizá administrativa (el futuro lo establecerá) no signifique privación de la libertad, pues, por el contrario, en situaciones donde el ser humano tenga que ser privado de la libertad se tendrá que emplear siempre el derecho penal mínimo y garantista. El error de Gálvez Villegas se advierte, en consecuen-

29 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Op. cit., pp. 187 y 188.

30 *Ibidem*, pp. 93 y 94.

31 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Editorial Civitas, 1999, pp. 124-126.

32 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., pp. 124-126.



cia, con claridad: intenta aplicar el derecho penal amplio y flexible a los delitos contra la administración pública, para los que se prevé pena privativa de la libertad. Resulta paradójico que el autor peruano recurra al maestro español precisamente para el caso del delito de enriquecimiento ilícito, ya que el artículo 401 contempla una sanción penal grave, incluso por cuestión de inconstitucionalidad.

### 3. SOLUCIÓN AL CONCURSO APARENTE DE LEYES QUE PRESENTA LA IMPUTACIÓN POR RECIBO DE SOBORNOS COMO DELITO DE COHECHO Y DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Es necesario determinar por qué un mismo hecho no puede servir para condenar a un funcionario público por los delitos de cohecho pasivo propio y enriquecimiento ilícito. La razón es la presentación de un concurso aparente de leyes entre los correspondientes tipos penales de ambos delitos, que debe ser solucionado mediante la regla de la subsidiariedad.

Alfonso Gómez Méndez<sup>33</sup>, William René Parra Gutiérrez<sup>34</sup>, Erleams de Jesús Peña Ossa<sup>35</sup> y Marcelo A. Sancinetti<sup>36</sup> afirman que el concurso aparente de leyes o tipos penales entre el cohecho pasivo y el enriquecimiento ilícito se soluciona mediante el principio de subsidiariedad, razón por la

cual si las pruebas aportadas en el proceso penal permiten establecer con certeza que el incremento patrimonial del funcionario ha sido fruto del peculado, del cohecho etc., se le condenará por estos delitos y no por enriquecimiento ilícito, tipo subsidiario que queda excluido por el tipo principal.

Sancinetti, adicionalmente, propone para el concurso aparente de leyes entre el enriquecimiento ilícito y el delito del funcionario que permite el incremento patrimonial no justificado, una solución distinta, cuando considera que sería el principio de alternatividad el que tendría que aplicarse en tal caso, al conceptuar al enriquecimiento ilícito como un "tipo penal en pareja" de cada uno del resto de tipos penales correspondientes a los delitos de funcionarios que generan enriquecimiento. En efecto, el tipo penal de enriquecimiento ilícito solamente se aplicaría de forma alternativa cuando los otros tipos no pudieran serlo por falta de pruebas; es decir, se trataría de un "caso de alternatividad por razones procesales": en defecto de prueba, es aplicable el tipo penal de enriquecimiento ilícito; si se prueba el delito que generó el incremento patrimonial no justificado, ello no es necesario<sup>37</sup>.

Por otra parte, Gálvez Villegas —siguiendo a Creus— admite que si producto de la comisión de un delito de peculado, concusión, cohecho, etc., el agente acrecienta su patrimonio, este enriquecimiento no configuraría el delito previsto en el artículo 401 ni un concurso ideal de delitos, sino un concurso aparente de leyes, que se solucionaría con la regla de la consunción, pues al ser el enriquecimiento la razón de ser del delito de función antecedente (por ejemplo, se recibe soborno para incremen-

33 GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso. *Delitos contra la administración pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 256 y 257.

34 PARRA GUTIÉRREZ, William René. Op. cit., pp. 170 y 171.

35 PEÑA OSSA, Erleams de Jesús. Op. cit., p. 201.

36 SANCINETTI, Marcelo A. Op. cit., p. 114.

37 *Ibidem*, p. 114.

tar el patrimonio), configura la fase de agotamiento de ese delito, por lo que no podría entonces ser castigado el enriquecimiento como un delito independiente, ya que ello significaría una infracción del principio *ne bis in idem*<sup>38</sup>.

Como se puede apreciar, en la doctrina no existe duda respecto a la configuración de un concurso aparente de leyes entre el tipo penal de enriquecimiento ilícito y el supuesto típico del delito de función que lo genera, sino tan sólo respecto a la regla que debe emplearse para su solución. El principio de legalidad y el principio *ne bis in idem* son los dos límites a la función punitiva del Estado que fundamentan la solución del concurso aparente de leyes que presentan los casos penales que motivan este trabajo.

El principio de legalidad que consagran el inciso 2 del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el inciso 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica; el parágrafo *d* del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución de 1993 y la norma II del Título Preliminar del Código Penal de 1991, generan el deber de adecuada tipificación del juez. El juez penal tiene el deber de adecuar el hecho objeto de la imputación criminal en el tipo penal que se determina en la ley, no por la presión social, el interés político o el temor de la reacción pública ante la apertura de causa penal sin medida cautelar de detención por falta de pena probable.

38 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Op. cit., pp. 190, 195 y 196.

Los autores españoles Ignacio Berdugo Gómez de la Torre<sup>39</sup> y Antonio García Pablos de Molina<sup>40</sup> afirman que el principio de legalidad, a través de la garantía de la tipicidad, somete al juez a la ley penal. O sea, para que el hecho sea considerado delito tiene que ser típico; debe reunir los elementos del tipo penal, por lo que la imputación no puede ser encuadrada en un supuesto de hecho típico que no corresponda. La no solución de un caso de concurso aparente de leyes —es decir, la mantención de la tipificación en todos los tipos penales que supuestamente pueden ser aplicables al hecho imputado— viola el principio de legalidad, pues al omitir utilizar la regla de solución del también llamado concurso de normas, se deja de adecuar al hecho en el tipo penal que exige el sometimiento del juez a la ley.

En los casos penales objeto de análisis, el principio de legalidad exige que al concurso aparente de leyes que presenta la imputación se aplique la regla de la subsidiariedad, que supone la exclusión del cargo de enriquecimiento ilícito cuando ya se ha determinado el cargo de corrupción de funcionario pasiva propia. El principio *ne bis in idem* material genera la prohibición de sancionar doblemente a la persona por un solo hecho que sea objeto de concurso aparente de leyes, razón por la cual se tiene que aplicar al caso penal *sub iudice* la regla de la subsidiariedad y solucionar así el concurso de normas penales.

39 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2a. edición. Barcelona: Editorial Praxis, 1999, p. 48.

40 GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal. Introducción*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 340.

Nuria Castelló Nicás<sup>41</sup> y Juan Carlos Carbonell Mateu<sup>42</sup> –autores hispanos– sostienen que el principio *nom bis in idem* obliga a excluir la aplicación de todas las normas en concurso aparente a fin de aplicar una sola, la que corresponde realmente según las reglas de solución. La no aplicación de las reglas del concurso aparente de leyes viola el principio *ne bis in idem*, pues procesar y castigar a la persona por todos los tipos penales que concurren a la aplicación del hecho supone duplicar injustificadamente la restricción de derechos que significan el procesamiento y la sanción penal, pues sólo uno de los tipos penales abarca el contenido de injusto y de culpabilidad que corresponde asignar al hecho imputado<sup>43</sup>.

En los casos penales analizados, la violación del principio *ne bis in idem* es evidente si se tiene en cuenta que tanto el tipo penal de cohecho pasivo propio como el tipo penal de enriquecimiento ilícito se aplican frente a la lesión del bien jurídico administración pública. William René Parra Gutiérrez –autor colombiano– sostiene que procesar y condenar por enriquecimiento ilícito, habiéndose probado la comisión de peculado, cohecho, etc., implicaría la violación del principio *nom bis in idem*<sup>44</sup>.

Ante la inexistencia de jurisprudencia nacional relativa a la aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito, se impo-

ne buscar algunos antecedentes en el intento de construir una doctrina judicial sobre la materia (es un esfuerzo que tiene su mayor problema en la dificultad de los operadores peruanos del derecho para reconocer la naturaleza subsidiaria del artículo 401 del Código Penal). Así, en el proceso penal seguido al excongresista de la República, Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar<sup>45</sup>, el vocal instructor supremo (en su informe final) reconoció la naturaleza subsidiaria del tipo penal de enriquecimiento ilícito, estableciendo su inaplicabilidad por constituir el hecho atribuido la comisión del delito de cohecho pasivo. Del mismo modo, en el proceso penal seguido a la esposa –doña Lilia Abdel Troncoso Assen de Joy Way– del exministro de Estado y excongresista de la República, Víctor Joy Way, ante el Segundo Juzgado Penal Especial, la juez penal emitió un auto de denegación de procesamiento penal ante denuncia penal por delito de enriquecimiento ilícito, reconociendo que la subsidiariedad de su tipo penal impedía su aplicación a un hecho que ya había sido tipificado como delito de cohecho pasivo propio e impropio<sup>46</sup>.

41 CASTELLÓ NICÁS, Nuria. *El concurso de normas penales*. Granada: Editorial Comares, 2000, pp. 16 y 17.

42 CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3a. edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 154-156.

43 CASTELLÓ NICÁS, Nuria. Op. cit., p. 17.

44 PARRA GUTIÉRREZ, William René. *Delitos contra la administración pública*. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1998, p. 170.

45 El proceso penal que se sigue a Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar se encuentra en trámite por sentencia anulatoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en la Vocalía de Instrucción Suprema para ampliación de instrucción; la causa está signada con el número 06-2001AV.

46 El proceso penal que se sigue a Lilia Troncoso Assen de Joy Way se encuentra en trámite ante el Segundo Juzgado Penal Especial bajo el número 050-2001.

#### 4. EXAMEN DE LOS ERRORES DE LA JUSTICIA PENAL PERUANA AL TRATAR EL TEMA DE LA APLICACIÓN DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DEL ARTÍCULO 401 DEL CÓDIGO PENAL

En el caso penal del excongresista Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar, la Sala Penal Especial Suprema consideró, equivocadamente, en la sentencia condenatoria, que los cargos de cohecho pasivo propio y enriquecimiento ilícito pueden coexistir por constituir el suyo un caso de concurso ideal de delitos y no uno de concurso aparente de leyes. En el caso penal de doña Lilia Abdel Troncoso Assen de Joy Way, la Sala Penal Especial Superior revocó el auto denegatorio de procesamiento penal, estableciendo sin motivación la posibilidad de la coexistencia de una imputación por cohecho pasivo y una de enriquecimiento ilícito sobre el mismo hecho. Centraremos esta parte del análisis en el argumento dado en el caso del excongresista Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar.

El cohecho pasivo, en sus dos modalidades, y el enriquecimiento ilícito *no* configuran un concurso ideal de delitos por las siguientes razones:

- El concurso ideal de delitos, igual que el concurso aparente de leyes, se presenta cuando sobre un hecho objeto de imputación concurren, para su aplicación, dos o más tipos penales. La diferencia estriba en que, en el caso del concurso ideal de delitos, todos los supuestos típicos tienen que aplicarse para una adecuada tipificación del hecho, ya que no existe ninguna regla jurídica —como sí ocurre en el caso del concurso aparente de leyes— que per-

mita elegir uno solo de los tipos penales<sup>47, 48 y 49</sup>.

- Reihart Maurach, Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf sostienen que el concurso ideal de delitos se presenta cuando la realización de un hecho produce lesiones típicas de diversos bienes jurídicos, que exigen para su calificación la concurrencia de diversos tipos penales que permitan captar el acontecimiento global; situación que difiere del concurso aparente de leyes, pues en este caso un solo tipo penal es suficiente para captar el contenido del ilícito<sup>50</sup>.
- Nuria Castelló Nicás afirma que sólo habrá concurso ideal de delitos cuando se trate de un único hecho que da lugar a la vulneración de dos bienes jurídicos diferentes<sup>51</sup>. Agrega la profesora de la Universidad de Granada que uno de los más firmes criterios para la distinción entre el concurso ideal de delitos y el concurso aparente de leyes es el tema del bien jurídico protegido y su relación con uno de los límites de la función punitiva; en el caso del Estado Social y Democrático de Derecho, el principio *nom bis in idem*. En efecto, cada norma penal protege un bien jurídico, y cuando se comete el hecho delictivo es indispensable averiguar cuál o cuáles han sido vulnerados; así, cuando se verifica la vulneración de dos o más bienes jurí-

47 MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN. *Derecho penal. Parte general*, 4a. edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 533.

48 BRAMONT ARIAS, Luis. *La ley penal*. Lima: Imprenta del Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía, 1950, p. 122.

49 HURTADO POZO, José. Op. cit., p. 397.

50 MAURACH, Reihart, Karl Heinz GÖSSEL y Heinz ZIPF. *Derecho penal. Parte general*. Tomo 2. Buenos Aires: Astrea, 1995, pp. 549 y 550.

51 CASTELLÓ NICÁS, Nuria. Op. cit., p. 47.

dicos se tratará de un concurso ideal de delitos<sup>52</sup>.

- De acuerdo con el sistema utilizado para la elaboración del Código Penal de 1991, los bienes jurídicos protegidos a través de los tipos penales que forman la Parte Especial del Código Penal se encuentran ubicados en los títulos del libro II.
- El tipo penal de cohecho pasivo propio, del artículo 393, y el tipo penal de enriquecimiento ilícito, del artículo 401, se encuentran ubicados dentro de la sección IV del título XVIII que fija como bien jurídico tutelado la administración pública; esto es, su correcto funcionamiento.
- Siendo el objeto de tutela penal el mismo jurídicamente, es inadmisibles que el hecho objeto de la acusación consultada sea habilitante de un concurso ideal de delitos.

En conclusión: tipificar el hecho de la percepción de soborno en los tipos penales de cohecho pasivo y enriquecimiento ilícito vulnera el principio de legalidad y el principio *ne bis in idem*, pues tratándose de un concurso aparente de leyes, el tipo subsidiario del artículo 401 solamente podría ser aplicado de no encuadrar el hecho en el tipo principal del artículo 393.

52 Ibidem, p. 49.