

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción

**TITULO: EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO COMO ACTIVIDAD CRIMINAL
PREVIA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS.**

**Trabajo Académico para optar el grado de Segunda Especialidad en Prevención y
Control de la Corrupción**

Autor: PERCA CONTRERAS, Eugenio Fernando

Asesor: Dr. MONTOYA VIVANCO, Yvan

Código de alumno: 0020154163

2017

RESUMEN

DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO COMO ACTIVIDAD CRIMINAL PREVIA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS.

No solamente la Corte Suprema a través de su jurisprudencia, sino también la doctrina nacional, interpretan erróneamente el bien jurídico y el injusto penal contenido en el artículo 401° del CP; esta situación ha llevado no solo a restar suficiencia y aptitud a la pericia que determina el desbalance patrimonial, sino a desnaturalizar el injusto penal contenido en la semántica del delito de enriquecimiento ilícito.

Además, la Corte Suprema ha ensayado una misma respuesta respecto a la aptitud del medio de prueba referente a la pericia de desbalance patrimonial, en lo concerniente al delito de lavado de activos, negando que un mismo medio de prueba puede ser visto desde diversos ángulos y no obstante versar sobre un mismo fin *-licitud del patrimonio-*, los diferentes momentos de la aparición y movimiento del bien, pueden constituir la probanza de diversos tipos penales; esta afirmación, ocurre respecto del delito de enriquecimiento y lavado de activos, pues en determinado momento la situación de la posesión directa o indirecta de un patrimonio que no se justifica en los ingresos legítimos del agente público, puede configurar plenamente el delito de enriquecimiento ilícito, en tanto, el someter posteriormente dichos bienes ilícitos al circuito de la dinámica económica con la finalidad de legitimarlo, constituye en ámbito de reproche del delito de lavado de activos.

Esta situación supone entender que el delito contenido en el artículo 401° del CP, es un delito especial de posesión, donde se configura con la sola posesión de un patrimonio que no se corresponde con las fuentes legítimas del agente público, y no se trata de actos de abuso de atribuciones o de acreditación del prevalimiento del cargo que derive luego en el incremento patrimonial; sino que al ser parte de la administración pública durante el ejercicio de la función, tiene el deber de incrementar su patrimonio de manera transparente y proba, mediante fuentes lícitas.

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO COMO ACTIVIDAD CRIMINAL PREVIA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS.

I. RESUMEN DEL PROBLEMA:

El sistema jurídico nacional e internacional ha reconocido que los delitos de corrupción y lavado de activos, son delitos que socavan la legitimidad de las instituciones públicas, atentan contra la sociedad, la economía, el orden moral y la justicia, así como contra la estabilidad, la seguridad, el desarrollo sostenible y la soberanía de los Estados, pues ambos delitos no pueden pasar por alto los réditos económicos que de ellos deviene. Este juego de sucesos en busca de una rentabilidad económica *-a todas luces ilícitas-* ha merecido como respuesta, plantear una lucha frontal e integral, a la par de su correspondiente reconocimiento Constitucional y Convencional.

El Legislador en este horizonte ha tutelado diversos bienes jurídicos que convergen materialmente dentro del correcto funcionamiento de la administración pública, sancionado penalmente conductas que ha valorado como actos de corrupción que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos; dentro de esta multiplicidad de tipos penales se encuentra el delito de enriquecimiento ilícito, que busca reprimir el incremento patrimonial ilícito del funcionario o servidor público durante el ejercicio del cargo funcional; es decir, el legislador en la óptica del suscrito, ha considerado como bien jurídico de protección penal, la transparencia en el patrimonio y la probidad en el ejercicio del cargo del agente público, llevando la vulneración de estos deberes al umbral del derecho penal, a través de tipo penal contenido en el artículo 401° del Código Penal.

Es preciso mencionar, que el legislador no prohíbe que el agente público incremente su patrimonio, o en términos más comunes, no se encuentra prohibido que el funcionario o servidor público se enriquezca durante el ejercicio funcional; la legislación penal refiere que es un supuesto de delito de corrupción que merece reproche penal, la posesión del agente público de un patrimonio que no puede justificarse con sus

ingresos legítimos, pues conforme al mandato constitucional, al asumir el *status* público, el Estado le exige los deberes de transparencia y probidad, no solo en el ejercicio de sus funciones, sino también abarca a su patrimonio; ello resulta de recibo, pues la vulneración de esos principios procuran en el funcionario o servidor público un activo ilícito producto de un delito de corrupción, esto es, un patrimonio ilícito.

Asimismo, esa lucha frontal que interesa combatir al Estado no se acaba en el evento criminal o la sanción del agente público, sino además también se expande a reprimir el lavado de activos, es decir, el lograr conjurar toda situación que busque ahora legitimar estos activos de origen ilícito consecuencia de un actividad criminal previa, dentro de estos, aquellos bienes de valoración económica que hayan sido efectos de los delitos de corrupción, que le siguen representando réditos económicos. Ahora bien, no obstante los mecanismos jurídicos de lucha contra la corrupción *-en particular el delito de enriquecimiento ilícito-* y el lavado de activos.

La Corte Suprema de Justicia de la República en sus pronunciamientos de última instancia, a través de una interpretación errónea no solo del bien jurídico objeto de protección y el injusto contenido en el delito de enriquecimiento ilícito, ha sostenido que se trata de un tipo penal de naturaleza subsidiaria, que para su configuración se requiere determinar actos concretos de abuso funcional que generaron el incremento patrimonial ilícito, y que no es un delito de no justificación razonable del patrimonio, en clara negación a la suficiencia probatoria de la pericia contable financiera que técnicamente pueda determinar un desbalance patrimonial del agente público durante el ejercicio del cargo funcional, al poseer un patrimonio que no haya correspondencia en sus ingresos legítimos; además, en la misma dirección en lo referente al delito de lavado de activos, afirma la necesidad de acreditar el delito fuente que dio origen a los activos ilícitos a la par de sostener que la existencia de un desbalance patrimonial no justificado es insuficiente para imputar el delito de lavado de activos, posición que sostendría una doble negación de aptitud tanto en el delito de enriquecimiento ilícito como actividad criminal previa del delito de lavado de activos, y en la pericia contable

financiera de desbalance patrimonial para sostener la probanza del delito económico en mención.

1.1. De su justificación:

Es de reconocer que ambas categorías criminales *-enriquecimiento ilícito y lavado de activos-* se muestran plenamente vinculadas a un incremento patrimonial que no se justifica razonablemente a través de fuentes lícitas *-teniendo como primera diferencia que en el caso de lavado de activos, el sujeto activo, no necesariamente tiene que ser un agente público, presupuesto que sí es necesario respecto del delito de enriquecimiento ilícito-* saliendo a la luz el interés privado y la búsqueda de beneficios económicos y patrimoniales, que se insertan en la dinámica de la actividad económica.

El lavado de activos representa una de las nuevas formas de criminalidad económica que han venido surgiendo en la dinámica social, que se han caracterizado por su complejidad y/o la presencia de estructuras organizadas, y su conexidad con actividades criminales de corrupción sobre todo en la producción de activos ilícitos; así, el legislador a través del derecho penal encargado de la tutela de los bienes jurídicos de mayor trascendencia, ha bosquejado respuestas punitivas para garantizar la vigencia de los principios y deberes que deben observar los agentes públicos para garantizar el correcto funcionamiento de la administración pública, a través de la tipificación de los delitos contra la administración pública dentro de ellos el delito de enriquecimiento ilícito, y a efectos de conjurar la legitimación de activos ilícitos que puedan ser efectos de actividades criminales sobre corrupción, ha diseñado el delito de lavado para combatir cualquier forma de impunidad patrimonial sobre bienes ilícitos en agravio del Estado, en este escenario se hayan vinculados ambas figuras penales.

Sin embargo, las Salas Penales de la Corte Suprema de la República pertenecientes al Poder Judicial, a quien corresponde dotar de contenido a las instituciones jurídicas en el ámbito del derecho penal, al fijar doctrina y principios jurisprudenciales¹, plenos

¹ Artículo 22° del TUE de la Ley Orgánica del Poder Judicial - DS N° 017-93-JUS: Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial: Las salas especializadas de la Corte Suprema de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" las

jurisdiccionales², precedentes vinculantes³, y doctrina jurisprudencial vinculante⁴, han sostenido una interpretación errada del injusto, la naturaleza autónoma y el bien jurídico del delito de enriquecimiento ilícito y de lavado de activos; además, llama la atención que respecto a la eficacia y suficiencia probatoria de la pericia que determina técnicamente un desbalance patrimonial del funcionario o servidor público, esta también se considere insuficiente; los pronunciamientos se detallaran más adelante, en los cuales se advertirá que parece ensayado un mismo horizonte de repuestas para tipos penales totalmente diferentes, que tutelan bienes jurídicos distintos, y que se dirigen *prima facie* a desconocer la aptitud de la pericia que determina un desbalance patrimonial, esto es, un incremento patrimonial que no se corresponde los ingresos legítimos del agente público, lo cual no solo llega a afectar el medio categórico de probanza del enriquecimiento ilícito, sino que paralelamente además, le niega aptitud para ser delito fuente *-actividad criminal previa-*, del ilícito de lavado de activos.

El sistema jurídico penal, no prohíbe que el agente público pueda enriquecerse, o mejor dicho, incrementar su patrimonio durante el ejercicio funcional; lo que el legislador ha prohibido es que dicho incremento patrimonial no se fundamente en los ingresos legítimos del funcionario o servidor público es decir, que no se pueda justificar en fuentes lícitas del agente público, ese el injusto contenido en la semántica del artículo 401° del Código Penal; por tal, el propio ordenamiento constitucional y legal, imprime varios controles respecto a los ingresos que pueda tener el funcionario o servidor público durante el ejercicio del cargo, pudiendo mencionarse como la prohibición de doble percepción, no poder ser parte de personas jurídicas que contratan con el Estado, a la par de exigírseles transparencia respecto de sus ingresos, bienes y rentas; esta

ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento (...).

² Artículo 116° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial: Plenos jurisdiccionales: Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.

³ Artículo 301-A° del Código de Procedimientos Penales - Ley N° 9024: Precedente obligatorio: 1) Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo (...).

⁴ Artículo 433° del Código Procesal Penal - DL N° 957: Contenido de la sentencia casatoria y pleno casatorio: 3) En todo caso, la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes de la propia Corte Suprema la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique (...). 4) si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieron criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público (...) en relación a ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio (...).

situación resulta lógica, pues el agente público ostentara una posición privilegiada en la estructura de la administración pública, respondiendo el sistema jurídico a través de diversas exigencias y del tipo penal de enriquecimiento ilícito, que el agente público solo pueda incrementar transparente y lícitamente su patrimonio; *ergo* sostener que la pericia que determina dicho desbalance patrimonial, significa restarle eficacia y suficiencia probatoria al medio de prueba técnico llamado a ser actuado indubitablemente, situación que paralelamente representa desconocer los principios y deberes de lucha integral contra la corrupción y el lavado de activos, a la par de conseguir impunidad no solo respecto de un evento criminal de corrupción, sino también, que el sistema de administración de justicia, tolere impunidad patrimonial sobre bienes de origen ilícito.

1.2. De su objetivo:

Conforme a lo expuesto, el presente trabajo *-acorde al principio constitucional de interpretación activa, al reconocimiento constitucional y convencional de la lucha integral contra la corrupción y el lavado de activos-* tiene como propósito primario que, el sostener que el delito de corrupción de enriquecimiento ilícito, si puede constituir actividad criminal previa del delito de lavado de activos. En ese horizonte, se debe tener en claro el injusto contenido en el delito de enriquecimiento ilícito, para lograr este propósito, se explicara primero: cuál es el bien jurídico penalmente protegido, cuál es su naturaleza, es decir, si es un delito subsidiario o autónomo, y si la pericia contable financiera *-medio de prueba-* que concluye con la existencia de un desbalance patrimonial *-incremento patrimonial injustificado-*, tiene entidad suficiente para probar e imputar al funcionario o servidor público un delito de corrupción por poseer un patrimonio ilícito, significado que este se habría enriquecido ilícitamente, durante el ejercicio del cargo público; siendo esto así, dicho patrimonio constituirá un efecto de origen ilícito propio de una actividad criminal de corrupción, y que los actos que procuran su legitimidad *-conversión y transferencia, ocultamiento y tenencia, y los referidos al transporte, traslado, ingreso o salida de dinero o títulos valores-* constituyen actos propios del delito de lavado de activos, este último aspecto se explicara a través de poder diferenciar, el momento que el opera el delito de lavado de

activos y su finalidad político criminal, esencialmente dirigida a conjurar la legitimación de activos de origen ilícito.

II. DESARROLLO DEL CONTENIDO:

El delito de enriquecimiento ilícito ha llamado la atención de la Corte Suprema, por ello, el órgano supremo de la jurisdicción se ha pronunciado no en términos felices, respecto a la naturaleza y probanza del este tipo penal; sin embargo, no obstante haber ingresado a interpretar el injusto del artículo 401° del CP, los pronunciamiento de la Corte Suprema hacen evidentes que no ha interpretado correctamente la semántica de dicho ilícito, llegando al extremo de ensayar una misma respuesta también para el delito de lavado de activos, conforme se dará cuenta de la siguiente jurisprudencia:

2.1. De la errónea interpretación de los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos, por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de la República:

Resulta evidente el rol y la trascendencia que las decisiones de las Salas Penales de la Corte Suprema de la Republica en el ámbito del sistema de administración de justicia; así, sus decisiones delinean no solo en contenido jurídico penal de los delitos, su configuración, también sus exigencias de probanza; sin embargo, resulta posible también que el órgano encargado de tales funciones a la par de ser el que ostenta el monopolio de la administración de justicia⁵, efectuó una errónea interpretación de los tipos penales; esta afirmación no es lejana, conforme se advertirá respecto de los delitos en mención.

2.1.1. Respetto del delito de enriquecimiento ilícito.

A efectos de advertir esta situación se mencionara las principales decisiones adoptadas por la Sala Penal de Corte Suprema respecto al delito de enriquecimiento ilícito, para lo cual se detallara el énfasis puesto por el Órgano

⁵ Artículo 138° de la Constitución Política del Estado: La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

Supremo Jurisdiccional, para luego evidenciar la postura asumida respecto a dicho evento criminal.

La Casación N° 343-2012-Lima⁶ de fecha 16 de abril del 2013, ha referido que el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 401⁷ del Código Penal, desde la dación del Código Penal que data del año 1991, ha merecido diversas modificaciones en el tiempo, debiendo entender que el legislador no ha

⁶ Recurso de casación interpuesto por Arturo Ernesto Marquina Gonzales, a efectos de desarrollo de doctrina jurisprudencial respecto a los alcances del tipo objetivo “abusando del cargo”.

⁷ **Lev N° 27482, del 15 de junio del 2001: Artículo 401.-** El funcionario o servidor público que, **por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

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

Lev N° 28355, del 06 de octubre del 2004: Artículo 401.- El funcionario o servidor público **que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuiicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

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

Lev N° 29703, del 10 de junio del 2011: Artículo 401.- El funcionario o servidor público que, **durante el ejercicio de sus funciones, 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.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o está sometido a la prerrogativa del antejuiicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años. 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.

Lev N° 29758, del 21 de julio del 2011: Artículo 401.- 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.

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, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años.

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.

Lev N° 30011, del 21 de julio del 2011: Artículo 401.- 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 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, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años 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.

Decreto Legislativo N° 1243, del 22 de octubre del 2016: Artículo 401.-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.

cambiado los verbos rectores del tipo penal, ni han variado el núcleo esencial del injusto típico *-fundamento décimo-*; así, al ser un delito especial propio, su verbo rector constituido por *“enriquecerse ilícitamente”* o *“incrementar ilícitamente su patrimonio”*, debiéndose constatar 2 situaciones conforme a su fundamento octavo: a) el enriquecimiento real y b) la falta de justificación sobre el origen de dicho enriquecimiento; en tanto que, en relación a la vinculación que debe existir entre el incremento patrimonial y el cargo desempeñado como elemento objetivo normativo *-fundamento noveno-*, no obstante las diversas técnicas legislativas como: *“por razón de su cargo”*, *“durante el ejercicio de sus funciones”* o *“abusando de su cargo”*, debe entenderse que el legislador no está cambiando el verbo rector, sino que está haciendo referencia al momento en que debe producirse el enriquecimiento y al vínculo que debe existir con el cargo para enriquecerse.

En la Casación N° 782-2015-Del Santa⁸ de fecha 6 de julio del 2016, el connotado caso en el cual la ex alcaldesa y regidora Amelia Victoria Espinoza García no presentaba desbalance patrimonial, en tanto que, dicho incremento injustificado se materializaba en su esposo Wuilder Agapito Vásquez que ostentaba la condición de funcionario o servido público, la Sala Penal Permanente sostiene que *-fundamento 5-* la locución *“abusando del cargo”* es equivalente a *“por razón de su cargo”*, y hacen referencia ***al vínculo funcional que debe estar presente al momento de acontecer el enriquecimiento ilícito***; asimismo, bajo el argumento de un análisis teleológico del delito, afirma que es un tipo subsidiario que se imputa al agente público cuando no se puede imputar otro delito específico, al no poderse explicar el origen lícito del incremento patrimonial, se enciente que el superávit económico obedece a algún tipo de abuso, como ser el uso indebido del cargo que ostentaba *-fundamento 6-*.

⁸ Recurso de casación interpuesto por Amelia Victoria Espinoza García, a efectos de desarrollo de doctrina jurisprudencial respecto a quien debe corresponder el incremento patrimonial que configura el enriquecimiento ilícito.

Asimismo, mediante **Recurso de Nulidad N° 2939-2015-Lima**⁹ del 12 de julio del 2017, la Sala Penal Permanente ha sostenido que el enriquecimiento es en delito de abuso funcional del sujeto cualificado, no es delito de no justificación razonable del incremento patrimonial, y se consume con el abuso de la posición funcional de parte del sujeto activo, evidenciándose en actos concretos que generan como resultado un incremento patrimonial ilícito; así, decididamente afirma que *-fundamento noveno-* el acto de enriquecerse requiere necesariamente de un despliegue de actividades, y la modalidad de “*por razón del cargo*” es de orden causal y no temporal, el enriquecimiento será el resultado del abuso funcional; así también, reza que *el delito de enriquecimiento ilícito no es un delito de no justificación razonable del patrimonio, y que este sea prueba plena de mala justificación, no es suficiente para sustentar una declaración de culpabilidad y enervar la regla provisional de inocencia, pues solo puede generar convicción de responsabilidad cuando el agente público efectivamente hizo abuso de su posición de poder para acrecentar ilícitamente su patrimonio*; por tal, la no razonabilidad de la justificación del incremento del patrimonio y que el mismo se haya producido en el periodo del ejercicio funcional, son circunstancias periféricas que consideradas *per se*, como suficientes para inferir responsabilidad por enriquecimiento, equivaldría a convertirlo en un delito de sospecha; además, sostener que el delito de enriquecimiento exige al funcionario o servidor público una justificación razonable colisiona con su derecho guardar silencio y a no auto-incriminarse *-fundamento décimo cuarto-*, también, afirma que el bien jurídico es el normal ejercicio del cargo, la corrección en el ejercicio funcional, siendo un **delito de índole comisivo y de resultado**. En efecto, para que el delito se encuentre consumado es necesario que **el sujeto activo haya realizado alguna conducta abusiva concreta**, que haya realizado el tipo penal, **y que además se dé el resultado de incremento patrimonial**, con la conducta abusiva del agente se genera el resultado típico *-fundamento décimo séptimo-*; es decir, no sería un delito de carácter permanente sino instantáneo

⁹ Recurso de nulidad en el caso del Sr. Walter Gaspar Segundo Chacón Malaga *-oficial del Ejército Peruano-*, a efectos de desarrollo de doctrina jurisprudencial respecto a quien debe corresponder el incremento patrimonial que configura el enriquecimiento ilícito.

que se consuma en el momento en que el agente público en forma real incrementa su patrimonio y ello se produce en una actividad u en varias - *fundamento décimo noveno*-.

Además, los Jueces Supremos de lo penal de la Corte Suprema han expedido el **Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116**¹⁰ de fecha 12 de junio del 2017, ha expresado que se trata de *un delito especial propio o funcional de infracción de deber*, que el enriquecimiento ilícito que sanciona la ley *se materializa a través de actos sucesivos o simultáneos de abuso de la posición y competencias funcionariales del sujeto activo y que originan para él un mejoramiento patrimonial indebido*; asimismo, el delito se *va materializando de modo continuado y acumulativamente, mediante un conjunto conexo de actos dolosos irregulares que van procurando el aumento de los activos o la disminución de los pasivos, que debe concretar durante el periodo del ejercicio de la función*; por tal, *el enriquecimiento ilícito debe derivarse de la comisión de modalidades innominadas pero idóneas de abuso funcional*, las cuales no deben constituir otros delitos funcionales *-actos de corrupción pasiva: peculado o colusión-*. Este presupuesto material negativo del enriquecimiento ilícito lo convierte en un delito de carácter subsidiario o residual *-fundamento 13-*.

De los principales pronunciamientos expedidos por la Corte Suprema en lo referente al delito de enriquecimiento ilícito, se pueden resumir su postura en los siguientes aspectos:

- a) Es un delito de especial propio o de infracción de deber, que le es solo imputable a un agente calificado, esto es, a un funcionario o servidor público.
- b) Que, no es un delito autónomo, sino un tipo subsidiario que se imputa al agente público cuando no se puede le imputar otro delito específico.

¹⁰ Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116 de fecha 12 de junio del 2017, publicado el 17 de octubre del 2017, referente a la participación del extraños en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito.

- c) El bien jurídico es el normal ejercicio del cargo, la corrección en el ejercicio funcional del agente público.
- d) Es un delito de índole comisivo y de resultado, pues su injusto penal, pues su configuración gira en torno al despliegue de los actos abusivos del cargo que originan un incremento patrimonial ilícito.
- e) La modalidad de “*abuso del cargo*” o “*por razón del cargo*” es de orden causal y no temporal, el enriquecimiento será el resultado del abuso funcional.
- f) El delito de enriquecimiento ilícito no se satisface con un desbalance y con su falta de justificación, sino con actos concretos y reales de abuso del cargo que son los que originan el incremento patrimonial ilícito, lo cual fundamenta el injusto del delito de enriquecimiento ilícito.

2.1.2. Respetto del delito de lavado de activos.

Asimismo, nuestra Corte Suprema en cuanto a la ligereza de dotar contenidos erróneos a los tipos penales, también no le ha sido indiferente el más representativo de los ilícitos económicos, esto es, al delito de lavado de activos, conocido como “*delito de blanqueo de capitales*”, “*lavado de dinero*”, “*reciclaje de dinero*”, “*legalización de capitales*”, “*lavado en cadena*” entre otros, se suele identificar en el derecho penal contemporáneo a un mismo fenómeno delictivo, que se vincula con actos dirigidos a otorgar una apariencia legal y legítima a los bienes y ganancias que se originan o derivan de una actividad ilegal punible¹¹; así, pasamos a detallar los siguientes pronunciamientos a los que ha arribado la suprema corte:

El **Recurso de Nulidad N° 3091-2013-Lima**¹² del 21 de abril del 2015, la Sala Penal Permanente ha sido de la posición de que el fin del delito de lavado de activos es lograr la legitimación de las ganancias ilícitas obtenidas previamente,

¹¹ Prado Saldarriaga, Víctor: el delito de lavado de dinero en el Perú: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_63.pdf

¹² Recurso de nulidad en el caso del Sr. Juan Jesús Carranza Llasaca.

procurando cubrir las de aparente licitud y poder ser integradas al tráfico económico, el delito fuente del delito de lavado de activos tiene que ser previa a la realización del mismo, es decir, para imputar lavado respecto de activos, se ha de tener indicios de una actividad criminal previa, que haya producido las ganancias ilícitas *-fundamento cuarto-*.

También, en el **Recurso de Nulidad N° 2868-2014-Lima**¹³ del 27 de diciembre del 2016, ha suscrito que la procedencia delictiva de los activos puede confirmarse con prueba directa o indiciaria y que el delito de lavado de activos más allá de su evolución legislativa tiene las siguientes notas características: a) Es un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona; b) Es un delito autónomo, respecto al cual se vinculan los activos objetos de actos de lavado; c) No requiere que la actividad criminal previa haya sido objeto de enjuiciamiento o sanción; d) Resulta indiferente si el autor de los actos de lavado se corresponde con el sujeto que materializó la actividad criminal precedente *-fundamento décimo.1-*.

En tanto que, mediante el **Recurso de Nulidad N° 3036-2016-Lima**¹⁴ del 10 de julio del 2017, ha sostenido una posición radical, postulando que es *al Ministerio Público que corresponde acreditar el origen ilícito de los bienes y no al procesado justificar la procedencia legal de los mismos*; aún más, afirma que *la existencia de un desbalance patrimonial no justificado, no es suficiente per se, para imputar el delito de lavado de activos*, el titular de la persecución penal *debe acreditar que: las ganancias económicas del agente, su enriquecimiento desmedido, o su incremento patrimonial injustificado provienen de un origen ilícito, que permita superar toda duda razonable -fundamento décimo quinto-*; del mismo modo, considera que no basta las simples sospecha o dudas sobre la procedencia del activo (bienes, efectos o

¹³ Recurso de nulidad en el caso del Sr. Fortunato Lagos Lizarbe.

¹⁴ Recurso de nulidad en el caso del Sr. David Walter soto Aranda.

ganancias), sino que *es preciso, la certeza respecto al origen ilícito - fundamento décimo sexto-*.

La Casación N° 92-2017-Arequipa¹⁵ de fecha 8 de agosto del 2017, ha expresado que *el delito fuente es un elemento normativo del tipo objetivo de lavado de activos, la imputación debe comprender mínimamente, el hecho o suceso factico que generó las ganancias ilegales: el lugar, tiempo y espacio en que ocurrió*, a fin de garantizar el principio de imputación necesaria y el derecho de defensa del imputado; *si solo se hace referencia al nomen iuris del delito fuente, sin precisar ningún dato adicional, entonces no habrá delito fuente, y en consecuencia faltara un elemento normativo del tipo objetivo, deviniendo la conducta imputada en atípica -fundamento quincuagésimo quinto-*.

Habiéndose producido claramente posiciones contradictorias en la interpretación del delito de lavado de activos por parte de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema, a mérito del I Pleno Jurisdiccional expedieron la **Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 de fecha 11 de octubre del 2017**, referente a los alcances del delito de lavado de activos, dejando sin efecto el carácter vinculante de la Casación N° 91-2017-Arequipa, y estableciendo como doctrina legal, a los propósitos del presente trabajo principalmente lo siguiente:

- a) El delito de lavado de activos es un delito autónomo, tanto en su configuración material, como para los efectos de su persecución procesal.
- b) (...).
- c) (...).
- d) La noción “*actividades criminales*”, no pueden entenderse como la existencia concreta y específica de un precedente delictivo de determinada naturaleza, cronología, intervención o roles de agentes delictivos

¹⁵ Recurso de casación interpuesto por Jader Harb Rizqallah Garib, sobre la autonomía del delito de lavado de activos y la correcta interpretación del artículo 10 del DL N° 1106.

individualizados y objeto. Basta la acreditación de la actividad criminal de modo genérico.

2.2. Del delito de enriquecimiento ilícito: el bien jurídico, su naturaleza y probanza a través de la pericia contable financiera de desbalance patrimonial.

En este contexto el suscrito tiene una mirada diferente a los delitos mencionados, sobre todo en lo correspondiente al delito contenido en el artículo 401° del CP, y su aptitud para ser considerada como actividad criminal previa del delito de lavado de activos, y que la pericia que determina un incremento patrimonial que no se puede justificar en los ingresos legítimos del agente público que al ejercer asumir función pública *-tiene el estado le impone deberes no solo a su ejercicio funcional, sino también al cargo público-*, es medio de prueba lícito, útil y pertinente para acreditar el injusto contenido en el mencionado delito de corrupción; esta postura va marcada en considerar el patrimonio injustificado que posee *-ya sea directa o indirectamente-*, como la comisión de un delito que justamente prohíbe incrementar el patrimonio en fuentes no lícitas, pues el agente público solo puede incrementar y justificar dicho incremento patrimonial en fuente lícitas que es lo que le exige el marco jurídico, vulnerar dicho deber lo lleva al ámbito de competencia del derecho penal, al considerar dicha situación como un acto propio de corrupción.

Así, debemos tomar nota de algunos puntos importantes que llegan a sostener esta postura, por una mirada más acorde al delito de enriquecimiento ilícito.

2.2.1. Consideraciones generales respecto a los delitos de corrupción.

El suscrito conviene en reconocer que los delitos de corrupción, constituyen delitos no convencionales y de suma lesividad, que importa un ataque no solo a los derechos fundamentales, sino también a las instituciones y al propio Estado, además, de corresponder a delitos especiales, dirigidos hacia un determinado sujeto activo; por tal, corresponde hacer mención a que la lucha frontal contra la corrupción, ha recibido protección Constitucional y Convencional, y que la misma no se encuentra limitada únicamente a hacer frente al evento criminal y

a sancionar a su responsable, pues además, está trasciende a los activos generados, es decir, a los efectos que han provocado los delitos de corrupción.

a) La lucha contra la corrupción en el marco jurídico nacional:

El Tribunal Constitucional ha reconocido en diversa jurisprudencia que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional, situación que es de recibo a los delitos contra la administración pública, en los cuales se encuentran cobijados los delitos de corrupción; asimismo, el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional¹⁶; asimismo, ha sostenido *el principio de proscripción de corrupción* al considerar que el ordenamiento constitucional por su naturaleza exige combatir toda forma de corrupción¹⁷; en ese sentido, el Supremo interprete de la Constitución considera que la lucha contra la corrupción constituye una mandato de naturaleza constitucional¹⁸.

b) La lucha contra la corrupción en el marco jurídico internacional:

Es de referir que la lucha contra la corrupción también tiene cabida y amparo jurídico internacional; así, la **Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción**¹⁹, sostiene que *la corrupción plantea graves problemas y amenaza la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley*; del mismo modo, la Convención reconoce que la corrupción se vincula con *la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero*; también afirma que *la corrupción entraña vastas cantidades de*

¹⁶ Expediente N° 00017-2011-PI/TC del 03/05/2012 (Fundamento 16).

¹⁷ Expedientes acumulados N° 00009 y 00010-2007-PI/TC del 29/08/2007 (Fundamentos 53 y 54).

¹⁸ Expediente N° 04407-2007-PHD/TC del 14/09/2009 (Fundamento 26).

¹⁹ Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados; por tal, dicha Convención entiende que la lucha contra la corrupción no solamente comprende las medidas y acciones para prevenir y combatirla, sino también se encuentra incluida en ella la recuperación de los activos²⁰.

Así también, la **Convención Interamericana Contra la Corrupción**²¹ considera que *la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos; y la lucha contra la corrupción no solo comprende el tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio; también, dicha Convención entiende que luchar contra la corrupción corresponde a tomar medidas apropiadas respecto de los bienes producto de estos actos; en el contexto de la Convención, constituye acto de corrupción que merece ser combatido el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos²² de corrupción.*

2.2.2. El injusto en el delito de enriquecimiento ilícito.

Debemos tener presente al incursionarse en la administración pública el Estado demanda y le impone a la persona deberes que corresponden al correcto ejercicio de la función pública, pues este se encontrará en una posición más que diferenciada de los demás, un *status* especial; sin embargo, es usual que la Corte Suprema y los juristas procuren identificar y sostener liminarmente que dicha situación imprime deberes, principios y valores que vinculan a las competencias o atribuciones del agente público, por el contrario no reparan en considerar que el Estado también consigna deberes en el cargo público; por tal, el correcto

²⁰ Literal b) del artículo 1° de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

²¹ Preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

²² Literal d) del numeral 1) del artículo 6° de la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

ejercicio de la función pública reclama no únicamente la observancia correcta de los deberes, principios y valores en las atribuciones, sino que con la misma importancia, exige deberes al ámbito del cargo público, no se trata de ámbito distinto, sino de dos caras de una misma moneda, la de la correcta administración pública.

a) Posturas por un delito especial de resultado de los actos del abuso del cargo.

Una mirada formal dirigida al elemento “*abusando de su cargo*”, y bajo una interpretación literal tiende a resaltar que el incremento ilícito del patrimonio es el resultado de una conducta delictiva anterior del sujeto cualificado; en la doctrina nacional esas son las posiciones de los doctores: Luis Alberto Bramont Arias, Eduardo Ore Sosa, y José Luis Castillo Alva, es decir, el injusto penal estaría referido al pre valimiento del cargo -*abuso de las atribuciones*- que realiza el agente público, siendo esta la conducta que a la postre genera el enriquecimiento ilícito, así, lo han expuesto en el primer pleno jurisdiccional nacional especializado en delito de corrupción de funcionarios del 2017.

Los fundamentos refieren que el incremento ilícito del patrimonio no es una conducta autónoma, es una consecuencia de una conducta previa, propio de su naturaleza de delito subsidiario, pues por política criminal este ilícito ha sido creado para cubrir los vacíos que genera la posibilidad de no determinar el delito que originó el incremento patrimonial; así, los que sostienen esta postura, si bien reconocen que se está ante la presencia de un delito de infracción de deber, la cual se encuentra en el acto anterior que genera el incremento patrimonial, el cual puede ser el resultado de una o varias acciones, la conducta de enriquecimiento ilícito como tal no existe, es un resultado de la comisión de actos ilícitos.

Esta postura, por considerar que el injusto contenido en el delito de enriquecimiento ilícito se encuentra en los actos de abuso del cargo o de la función para con ello lograr un incremento patrimonial ilícito, es la asumida y enfatizada reiteradamente por la Corte Suprema a través del Acuerdo Plenario N°

3-2016/CJ-116 del 12 de junio del 2017, publicado el 17 de octubre del 2017, en ese marco refiere que el enriquecimiento ilícito que sanciona la ley se materializa a través de actos sucesivos o simultáneos de abuso de la posición y competencias funcionariales del sujeto activo y que originan para él un mejoramiento patrimonial indebido; los actos dolosos irregulares que van procurando el aumento de los activos o la disminución de los pasivos del funcionario o servidor público.

Esta postura, es la contenida en el **Recurso de Nulidad N° 2939-2015-Lima** del 12 de julio del 2017, donde se ha sostenido que el enriquecimiento no es delito de no justificación razonable del incremento patrimonial, se consuma con el abuso de la posición funcional de parte del sujeto activo, evidenciándose en actos concretos que generan como resultado un incremento patrimonial ilícito; el componente de *“por razón del cargo”* es de orden causal y no temporal, siendo un **delito de índole comisivo y de resultado**. En efecto, para que el delito se encuentre consumado es necesario que **el sujeto activo haya realizado alguna conducta abusiva concreta, y que además se dé el resultado de incremento patrimonial**.

En este contexto, es suscrito aprecia que en estas posturas, incluida la de la Corte Suprema, no se corresponden con el contenido material y el bien jurídico que tutela dicho ilícito, al respecto se pueden exponer dos observaciones:

- La primera se centra en aceptar erróneamente que el injusto se encuentra en los actos previos de abuso del cargo, cuando la materialidad del reproche penal se encuentra en el significado punitivo que tiene un incremento ilícito del patrimonio; es en este último espacio donde se hallara el bien jurídico representado por los principios y deberes de transparencia y probidad del patrimonio del funcionario o servidor público que vinculan al funcionario con la administración pública, tutelando un bien jurídico diferente a los otros delitos de corrupción.

- Así también, se afirma erróneamente que el enriquecimiento ilícito, exige actuaciones positivas y concretas de actos abusivos del cargo, que a la postre redunden en un incremento patrimonial; nótese prudentemente que el tipo penal se refiere a la nomenclatura “abusando de su cargo”, y no al ámbito de las atribuciones o funciones²³ que le correspondan al agente público; así, respecto al componente de “abuso del cargo” se pueden sostener dos cosas: i) La referencia a la calidad y trascendencia que tiene el cargo dentro de la administración pública; y ii) Sirve como componente temporal delimitador en el que debe operar el enriquecimiento ilícito, justamente, durante el ejercicio del cargo funcional, desde que asume hasta que cesa en él.

b) Postura por un delito especial de posesión.

Es tradicional referirse un tipo penal como un comportamiento de acción u omisión, además el Código Penal en el artículo 11°, consagra que los delitos y las faltas devienen de acciones y omisiones dolosas.

Siendo esto así, es necesario precisar que *“lo que estamos sancionando no es un acto puntual o una suma de actos puntuales aislados, sino, que por el contrario tal como ya lo dijimos, estamos frente a una situación de acrecentamiento o de enriquecimiento de patrimonio del funcionario público que no se puede justificar”*. En buena cuenta, estamos ante un delito de posesión. Se prohíbe al funcionario público poseer patrimonio de fuente indebida o ilícita. El enriquecimiento es apreciable preliminarmente por medio de una comparación de la evolución real del patrimonio del funcionario con las declaraciones juradas, las que por ley están obligados la mayor parte de funcionarios públicos a presentar; por ello al concebirse como un delito de posesión del incremento patrimonial, es perfectamente válido, que este incremento pueda también darse en los familiares o testaferros, lo cual hace viable la participación del extraneus, toda vez que esa posesión es identificada en otras personas distintas al funcionario o servidor público, que sin embargo, pertenecen al funcionario o servidor público, ya que

²³ SALINAS SICCHA, Ramiro: Idem; Pagina 608.

estos familiares o testaferros, no pueden acreditar de donde provienen el dinero con el cual han incrementado sus patrimonios, por cuanto, respecto de la posesión, esta no tiene que ser necesariamente directa, es decir, que el agente tenga que poseerla materialmente, sino que afirmativamente puede ser indirecta, ya que otro vinculado al ámbito particular o no del agente público, formalmente puede tenerla en su esfera jurídica, pero que en realidad corresponde al funcionario o servidor público, pues ello se corresponde plenamente con los delitos de corrupción, que son delitos que subrepticios, es decir, que su comisión trata ser encubierta.

2.2.3. El bien jurídico del delito de enriquecimiento ilícito.

a) Posturas referentes a un bien jurídico general:

En la doctrina nacional, los juristas que más líneas has dedicado a los delitos contra la administración pública, tiene posiciones diversas respecto a cuál es el bien jurídico que subyace en el delito de enriquecimiento ilícito; al respecto sobre esta afirmación liminar, SALINAS SICCHA²⁴ hace mención a las posturas de Gálvez Villegas, para quien el delito de enriquecimiento ilícito tutela un bien jurídico genérico, que corresponde al recto y normal desarrollo de la administración pública; en tanto que, citando a Rojas Vargas, devela que este jurista el bien jurídico específico lo constituye el normal y correcto ejercicio de las funciones de los cargos y empleos públicos por parte de los funcionarios y servidores públicos que se deben a la Nación; luego, el jurista es la mirada que se tutela un peligro abstracto en relación con los demás objetos protegidos por los demás tipos penales: la imparcialidad del funcionario, el patrimonio de la administración, el carácter público de la función pública.

Ahora bien, GALVEZ VILLEGAS²⁵, recientemente parece haber otorgado un nuevo sentido al bien jurídico objeto de tutela, sosteniendo que la funcionalidad,

²⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos contra la administración públicos*; noviembre del 2011, 2da edición, Editorial Grijley, Páginas 614 y 615.

²⁵ GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino: *El delito de enriquecimiento ilícito*; 2da edición, julio 2017, Editorial Pacifico. Páginas 187 y 188.

regularidad e imparcialidad de la función pública de la misma que el funcionario o servidor público tiene la condición de garante al haberles otorgado la administración pública diversas potestades, facultades y prerrogativas que nacen de la investidura del cargo, serían el objeto de protección del delito de enriquecimiento ilícito.

Al respecto debemos sostener que resultaría equivocado querer afirmar la protección de un bien jurídico específico tutelado por un tipo penal, cuando no se ha reflexionado su mirada al contenido propio y particular de la conducta prohibida; así, se han formulado posturas más acordes al injusto de prohibición contenido en el delito de enriquecimiento ilícito que las sostenidas por la Corte Suprema y por los tratadistas nacionales, sin dejar de mencionar los problemas que en particular han surgido al buscar dar una respuesta respecto a cuál es el bien jurídico inserto en el artículo 401° del Código Penal.

b) Posturas referentes a un bien jurídico específico:

En esta línea podemos encontrar a MONTOYA VIVANCO²⁶, quien hace referencia a la existencia de dos posiciones en la doctrina que pugnan por otorgar una respuesta a la interrogante del bien jurídico; en efecto, refiere que un sector de la doctrina considera que el bien jurídico depende, de los bienes jurídicos afectados con los delitos que ocasionan y originan el enriquecimiento, como los contenidos en los delitos de cohecho, peculado, entre otros, siendo este propio del carácter subsidiario que se le pretende atribuir, en relación a otros delitos de corrupción precedentes; sin embargo, la otra mirada se dirige a entender que la fuente del enriquecimiento no está limitada a la previa realización de actos delictivos previos, sino a cualquier comportamiento u omisión no ajustadas a derechos. Así, y no pasando por alto que genéricamente en los delitos contra la administración pública se protege el correcto funcionamiento de la administración pública, la posición del jurista reza en

²⁶ MONTOYA VIVANCO, Yvan: El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión; pags. 62 y 63 de “Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú”, IDEHPUCP, 2012, Editorial Grafica DELVIS SRL

apreciar que el bien jurídico específico se encuentra construido por los principios de probidad, transparencia y veracidad en el ejercicio de la función pública, extraídos del Código de Ética de la Función Pública y de base implícita en la Constitución, los mismos que prohíben que el agente público acepte el acrecentamiento o enriquecimiento de su patrimonio a partir de fuentes no permitidas según su status especial, situación que reconoce permite sostener una autonomía del delito de enriquecimiento ilícito .

Ahora bien, la postura sostenida por MONTROYA VIVANCO se corresponde más sostenidamente con los componentes normativos del artículo 401° del Código Penal, pues qué duda cabe, que menciona principios que rigen la función pública y las vincula con el incremento patrimonial; sin embargo, no siendo propósito el desconocer una postura que ofrece un mayor sustento material al contenido del bien jurídico, el mismo resulta ligero respecto a la mirada que le otorga PEZO RONCAL²⁷ al mostrar su posición, afirmando que el *bien jurídico específico que se encontraría arropado en el delito de enriquecimiento ilícito*, son *los principios de transparencia y probidad*, que obligan al agente público a mantener un balance patrimonial ajustado a lo que le corresponde; por cuanto, sostenidamente en este documento hemos dado cuenta hay principios y deberes que rigen tanto el ejercicio de la función pública, tanto respecto de las atribuciones o competencias y los propios del cargo público, a los cuales el agente público se encontraría vinculado; tal afirmación, es analizada por la autora, deviene del propio contenido del Artículo 39° de la Constitución Política del Estado, que prescribe: *“Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación (...)”*; además, a ellos les es inherente el principio de transparencia consagrado el artículo 41°, que expresa: *“Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos (...)”*; este último, que dirigido a garantizar el deber de

²⁷ PEZO RONCAL, Cecilia Alexandra: Tesis para optar el grado académico de magister: “El bien jurídico específico en el delito de enriquecimiento ilícito”; Lima - 2014. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/5824>.

transparencia en el patrimonio del sujeto público, la Ley N° 30161, regula la presentación de declaración jurada de ingresos, bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado.

El significado normativo de dichos principios dentro de la administración pública, son correspondidos conforme a la postura asumida por la autora, a través de la Ley N° 27815 - Ley del Código de Ética de la Función Pública, que en su artículo 6° establece como **principios** de la función pública: **2) Probidad:** actúa con rectitud, honradez y honestidad (...) desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona; en tanto que, en el artículo 7°, respecto a los **deberes** del agente público, establece: **2) transparencia:** ejecutar los actos del servicio de manera transparente, ello implica que dichos actos tienen en principio carácter público (...). El servidor público debe de brindar y facilitar información fidedigna, completa y oportuna; conforme se podrá inferir estos principios y deberes no están en vinculación con la esfera concreta de competencias *-atribuciones-* que asuma el funcionario en el sector en donde desempeñe funciones, sino en vinculación con los principios que rigen a la administración pública y que vinculan a todos los funcionarios públicos.

Asimismo, es preciso mencionar lo sostenido por BLANCO CORDERO²⁸ cuando cita a Carlos Fernández Cadiha, afirmando que lo que está en juego no es protección de los bienes y valores que fundamentan la criminalización de otras conductas, sino la responsabilidad penal por la existencias de situaciones objetivas acciones (...). El bien jurídico que parece pretender proteger es la transparencia de las fuentes de ingreso. La transparencia de la situación patrimonial de los funcionarios públicos, la revelación de la congruencia entre la evolución de la riqueza en el periodo del ejercicio del cargo y los rendimientos lícitos conocidos.

²⁸ Blanco Cordero, Isidoro: El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional Portugués: <http://www.penal.org/sites/default/files/enriquecimiento%20il%C3%ADcito%20I%20Blanco.pdf>

En este contexto, resulta de recibo que el bien jurídico inserto en el artículo 401° del CP, sea la transparencia en el patrimonio y la probidad en el ejercicio del cargo, que vinculan al ejercicio de la función pública, no en cuanto a las atribuciones o competencias, sino en relación en relación al cargo funcional del agente público.

2.2.4. El enriquecimiento ilícito como delito autónomo.

La figura delictiva del enriquecimiento ilícito, es plenamente autónoma, por cuanto conforme hemos sostenido, tiene un bien jurídico propio, en específico los principios de transparencia y veracidad en el patrimonio del agente público, que al asumir el cargo, la administración pública lo vincula imponiéndoles derechos y obligaciones, dada la condición privilegiada del *status* que ostentará.

2.2.5. La plena eficacia y aptitud de la pericia contable financiera para probar el delito de enriquecimiento ilícito.

La pericia constituye un medio de prueba que aportara al esclarecimiento de los hechos; sin embargo, en atención al injusto contenido en el enriquecimiento ilícito su probanza en primera medida será dirigida a la actuación de una pericia contable financiera, como instrumento de análisis y valoración de los ingresos y egresos del funcionario o servidor público, a efectos de establecer una situación de incremento patrimonial que no se haya justificada en los diferentes ingresos legítimos que correspondan al agente público, donde se debe considerar de manera integral, las esferas contables pero también financieras.

El Código Procesal Penal, en relación a la pericia, señala:

Artículo 172.- Procedencia

1. La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada.

También, no puede pasar por alto al sistema jurídico penal, el reconocer que respecto de determinados delitos, la pericia científica o técnica constituye un medio privilegiado de probanza, como ocurre por ejemplo para el caso de querer probar el delito conducción en estado de ebriedad, siendo indispensable el examen de dósaje etílico, qué duda cabe se vinculara inmediatamente al ostentar aptitud para lograr acreditar y cumplir con el injusto contenido en el artículo 274° del CP; similar situación operaria sobre el delito de lesiones y el respectivo examen médico legal que determine la incapacidad a consecuencia de las lesiones sufridas.

Es de recibo, que acorde al injusto del delito de enriquecimiento ilícito, que la pericia que determina un desbalance patrimonial, esto es, un incremento patrimonial no justificado en sus ingresos o fuentes legítimas del agente público, tiene la aptitud suficiente para poder probar este evento criminal, es decir, dar a la luz, la presunta comisión de un ilícito penal de corrupción, pues poseer un patrimonio no justificado en fuentes legítimas, constituye un acto de corrupción, y por tal, los efectos de dicha conducta, que son los bienes que representan el incremento injustificado, serán los efectos ilícitos que muestran el enriquecimiento ilícito, y al ser tal, son pasibles de incursionar en el circuito económico del proceso de lavado de activos.

2.3. Del delito de lavado de activos: el bien jurídico, su naturaleza, la actividad criminal previa y su probanza a través de la pericia contable financiera de desbalance patrimonial.

2.3.1. Consideraciones generales respecto al delito de lavado de activos.

La discusión respecto al sujeto activo del delito de lavado de activos, esto es, quien puede ser la persona que realice el tipo penal, siendo también necesario plantearse qué relación existe entre este y el que materializó la comisión del delito previo; por ello, establecer quién es el sujeto activo del delito de lavado

de activos no es una tarea sencilla y si se necesita alguna cualidad especial para ser considerado tal.

Además, también puede considerarse sujeto activo del delito de lavado de activos a quien ejecutó o participó en las actividades ilícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias.

a) La lucha contra el lavado de activos en el marco jurídico nacional:

Del mismo modo la Corte Suprema de la República en lo referente al delito de lavado de activos ha sostenido que *el lavado de activos es un delito que se expresa como un proceso o secuencia de actos o etapas, que dogmáticamente adquieren autonomía típica*²⁹; asimismo, *se identifica como lavado de activos a todo acto o procedimiento realizado para dar una apariencia de legitimidad a los bienes y capitales que tienen un origen ilícito. El lavado de activos es un delito no convencional y constituye en la actualidad un notorio exponente de la moderna criminalidad organizada*³⁰.

En tanto, el Tribunal Constitucional³¹ ha sostenido que *los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, constituyen ilícitos de carácter pluriofensivo, en la medida que ponen en estado de alarma y peligro a las bases sociales y amenazan la propia existencia del Estado. Es por ello, que la obligación constitucional del Estado peruano, prevista en el artículo 8° de la Constitución, de prevenir y sancionar este tipo de ilícitos “no debe agotarse en la mera descripción típica de las conductas delictivas en el Código Penal y en las leyes especiales, criminalizando el delito (...) [y sus derivaciones], con penas severas proporcionales a los bienes constitucionalmente protegidos que se afligen, sino que además para llegar a tal cometido debe procurarse el establecimiento de procedimientos de investigación eficientes, es decir, que*

²⁹ Acuerdo Plenario N° 07-2011/CJ-116, del 06/12/2011, Delito de lavado de activos y medidas de coerción reales (fundamento 8).

³⁰ Acuerdo Plenario N° 03-2010/CJ-116, del 06/12/2011, El delito de lavado de activos (fundamento 7).

³¹ Expediente N° 02748-2010-PHC/TC, del 11/08/2010 (Caso - Alexander Mosquera Izquierdo: fundamento 15).

objetivamente demuestren resultados cada vez más eficaces; lo contrario, significaría incurrir en una infracción constitucional por parte de las autoridades competentes para ello.

b) La lucha contra el lavado de activos en el marco jurídico internacional:

La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes u sustancias psicotrópicas -*Convención de Viena*-, elabora un marco normativo dirigido a atacar el *producto de las actividades ilícitas*³², a través del diseño de instrumentos que persigan la identificación de los activos para su incautación o decomiso; asimismo, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos³³ -*Convención de Palermo*-, considera como propósito de prevenir y combatir la delincuencia también al producto del delito, además de penalizar el blanqueo del producto del delito³⁴.

2.3.2. El bien jurídico en el delito de lavado de activos.

El delito de lavado de activos es una figura autónoma y pluriofensiva, pues socaba diferentes bienes jurídicos como: administración de justicia, el orden socioeconómico, y estabilidad del sistema financiero, así, ha plasmado la Corte Suprema mediante el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 del 16 de noviembre del 2010.

³² Artículo 3° de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas: 1) Cada una de las partes adoptara las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente: b), i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

³³ Artículo 2° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos: Para los fines de la presente Convención: e) Por "producto del delito" se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito.

³⁴ Artículo 6° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos: 1) Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente; a), i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes (...); y ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito.

2.3.3. El delito de lavado de activos como delito autónomo.

Es preciso tener en claro que, no obstante ser el lavado de activos una actividad criminal no convencional, en atención no solo a su naturaleza, sino también a que vincula normativamente a un delito precedente, y su forma de delito proceso; sin embargo, que dogmáticamente adquiere autonomía a través de diversos actos y etapas en las cuales se busca dar apariencia de legitimidad a los activos, alejándolos de la esfera de protección del Estado, logrando mediante la frustración de su incautación o decomiso.

2.3.4. La actividad criminal previa en el delito de lavado de activos.

Los delitos de corrupción tienen aptitud suficiente para poder ser considerados como evento criminal precedente, pues en la más de sus veces esta se refleja en dinero, bienes, ventas patrimoniales; aún más la actividad criminal previa no requiere una identificación específica, en calidad, circunstancia, actores.

2.3.5. La plena eficacia y aptitud de la pericia contable financiera para probar el delito de lavado de activos.

Una mirada directa a los supuestos de los actos de lavar activos, reconoce primeramente el tener el activo proveniente de una actividad criminal previa, suponer o conocer su origen ilícito; ahora, siendo el propósito de este tipo penal de naturaleza no convencional el legitimar los activos, y estando para ello vinculada a la actividad económica, a los negocios y flujo de bienes, resulta de recibo poder recurrir a una pericia que pueda establecer 2 supuestos:

- Un incremento patrimonial no justificado, el cual estará dado por el activo a ser lavado por parte del agente, así podrá sostener la sospecha respecto a su posible origen delictivo, el cual será objeto de lavado.
- También, la pericia podrá dar cuenta que no obstante no encontrar una justificación en la materialización de un bien, dinero, valor económico, este posteriormente fue transferido, convertido, adquirido o cualesquiera de los verbos que comportan un representación del delito de lavado de activos.

2.4. El delito de enriquecimiento ilícito como actividad criminal previa del delito de lavado de activos.

Dentro de estas posibilidades para constituir actividad criminal previa, el delito de enriquecimiento ilícito suscrito en el artículo 401° del CP, al ser un delito de corrupción y cuyo injusto vincula directamente a un patrimonio ilícito, que merece reproche penal; por tal, se corresponde plenamente como un valido delito fuente - *actividad criminal previa*-, cuyo injusto penal, representa más propiamente efectos ilícitos, esto es, los bienes que posee ilícitamente el agente público y que constituyen su enriquecimiento patrimonial, al ser sometidos a posteriores actos que correspondan a los verbos como ser transferir, convertir y otros, constituirán actos propios del delito de lavado de activos.

No existe aquí una vulneración al non bis in ídem, por cuanto enriquecimiento y lavado de actos siendo autónomos, tienen injustos y bienes jurídicos diferentes; el delito de enriquecimiento ilícito se consumará con los bienes que poseerá ya sea directa o indirectamente el agente público, la cual no se encuentra justificada en las fuentes lícitas del funcionario o servidor público y podrá ser suficientemente probada a través de la pericia contable financiera que determiné un incremento patrimonial no justificado, y no es, con la demostración de los actos del abuso del funciones que determinaron consecuentemente en un posible incremento del patrimonio; en tanto, el delito de lavado de activos comenzara a operar en los actos posteriores, dándole circuito a los efectos de la actividad criminal previa, esto es, a los bienes producto del delito del enriquecimiento ilícito, los cuales posee el agente público, para buscar su legitimación en la actividad económica, como ser su transferencia, conversión u otras formas que corresponden a los verbos rectores del delito económico en mención.

El patrimonio que posee el agente público y que es efectos del acto de corrupción de enriquecimiento ilícito, pasara a ser luego objeto del delito de lavado de activos; pues el injusto penal del artículo 401° del CP, no está en los actos del abuso de las funciones, o prevalimiento del cargo según sostiene los doctrinarios nacionales, sino en el patrimonio que ostenta el agente público durante el ejercicio de la función pública, y

que este no encuentra correspondencia en las fuentes lícitas de ingreso del funcionario o servidor público, vulnerándose así, el bien jurídico protegido de transparencia y probidad en el patrimonio relacionado al cargo público, y no a las atribuciones o competencias del mismo; los bienes que conforman ese patrimonio ilícito al ser objeto de actos dirigidos a buscar legitimarlos se encontraran cubiertos por la prohibición de las formas de conducta del delito de lavado de activos, lo que constituyó efecto del enriquecimiento ilícito *-actividad criminal previa-*, será posteriormente objeto de lavado de activos, ambos ilícitos guardan correspondencia en el sistema penal de protección de bienes jurídicos, pero en momentos diferentes, no se trata de un mero agotamiento del primer ilícito, pues este ya materializará con la posesión de un patrimonio que no responde a las fuentes legítimas del agente público y merecerá su probanza a través de la pericia de desbalance patrimonial, en tanto, el ilícito de lavado, reprochará los actos posteriores dirigidos a buscar legitimar mediante el tráfico económico dichos activos.

Dar curso a los bienes efectos de un delito, constituye justamente el injusto de reproche del delito de lavado de activos, su configuración será respecto al patrimonio ilícito, considerado como de lavado, es decir, como acto posterior, y no como un agotamiento de la actividad criminal previa, de la cual también tiene aptitud la pericia que determina el desbalance patrimonial en el agente público, pero desde una mirada respecto al circuito que sigue el bien, efectos del enriquecimiento ilícito, y posterior objeto de lavado.

III. CONCLUSIONES:

- El delito de enriquecimiento ilícito, es un delito especial propio.
- El delito de enriquecimiento ilícito, es un delito de posesión.
- El bien jurídico tutelado por el delito de enriquecimiento ilícito, lo constituyen los principios de transparencia y probidad, exigibles al agente público, respecto de su patrimonio.

- La pericia contable financiera, tiene suficiencia probatoria para imputar responsabilidad por el delito de enriquecimiento ilícito, cuando determine un desbalance patrimonial.
- El delito de enriquecimiento ilícito si puede constituir actividad criminal que genere bienes ilícitos, que pueden ser objeto de actos propios de lavado de activos.
- La pericia de desbalance patrimonial en el delito de lavado de activos puede sostener la sospecha del origen ilícito del activo, y también los actos propios de lavado respecto del mismo.



IV. BIBLIOGRAFIA:

1. Recurso de Nulidad N° 2648-2014-LIMA del 30/09/2015.
2. Recurso de Nulidad N° 2868-2014-LIMA del 27/12/2016.
3. Recurso de Nulidad N° 4003-2011 LIMA, del 08/08/2012.
4. Casación N° 782-2015-Del Santa del 06/07/2016.
5. Casación N° 343-2012-LIMA del 16/04/2013.
6. Acuerdo Plenario N° 03-2010/CJ-116. "Delito de lavado de activos".
7. Acuerdo Plenario N° 07-2011/CJ-116. "Delito de lavado de activos y medidas de coerción reales".
8. Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116 de fecha 12 de junio del 2017.
9. Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 de fecha 11 de octubre del 2017.
10. Francisco Muñoz Conde: Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?. Revista de derecho penal.
11. Silvia Fernández Bautista: El administrador como autor: la validez del criterio de la permanencia del hecho.
12. William David Hernández Martínez: Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada.
13. Ana Isabel Pérez Cepeda: Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación.
14. Esteban Astarloa: Por fin un concepto unívoco de administrador de hecho en derecho penal y derecho societario.
15. Gabriela Barrionuevo y Omar J. Sosa: Interrelación entre el delito de lavado de activos y la corrupción.
16. Nicolas F. Barbier: El lavado de activos en la jurisprudencia Argentina.
17. María Soledad Gil Nobajas: El delito de corrupción en los negocios: análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia.
18. Percy García Cavero: Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular.
19. Ragués i Valles, Ramón: La responsabilidad penal de testaferra en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva.
20. Herrera Velarde, Eduardo: El Testaferraje, notas distintivas; Derecho y sociedad: Asociación Civil N°23; pags. 205-2009.
21. Eduardo Novoa Monreal: Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico.
22. Diego Mauricio Montoya Vacadiez: Autorías y dominio del hecho en los delitos económicos.
23. Paola Casabianca Zuleta: Algunas reflexiones sobre la complicidad y su aplicación en ciertos delitos socioeconómicos.
24. Jesús María Silva Sánchez: El nuevo escenario del delito fiscal en España. Atelier.
25. Pariona Pastrana, Josué: El delito precedente en el delito de lavado de activos; Instituto Pacifico, abril 2017.
26. Mendoza Llamapconcca, Fidel: El delito de lavado de activos: aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo. Instituto Pacifico, julio -2017.
27. Muñoz Sabaté, Lluís: El Testaferra, su prueba en el derecho y la política; La Ley: Probática y derecho probatorio; 1ra edición, mayo del 2015.

28. Picó Junoy, Joan: Los indicios en la prueba de la simulación contractual.
29. Michael Kubiciel: Libertad, instituciones, delitos de peligro abstracto: ¿Un nuevo prototipo del derecho penal económico?.
30. SALINAS SICCHA, Ramiro: Delitos contra la administración públicos; noviembre del 2011, 2da edición, Editorial Grijley, Paginas 614 y 615.
31. MONTOYA VIVANCO, Yvan: El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión; pags. 62 y 63 de “Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú”, IDEHPUCP, 2012, Editorial Grafica DELVIS SRL .
32. PEZO RONCAL, Cecilia Alexandra: Tesis para optar el grado académico de magister: “El bien jurídico específico en el delito de enriquecimiento Ilícito”; Lima - 2014. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/5824>.
33. Blanco Cordero, Isidoro: El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional Portuguez: <http://www.penal.org/sites/default/files/enriquecimiento%20il%C3%ADcito%20I%20Blanco.pdf>

