



PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO¹

Eduardo A. Oré Sosa²

Introducción

El tema para el que se nos convoca en esta mesa alude a la problemática del delito de enriquecimiento ilícito. Más precisamente, se nos pregunta si pueden responder como partícipes del delito de enriquecimiento ilícito los extranei que participan en la adquisición, transferencia y adjudicación de bienes conseguidos con el producto del delito de enriquecimiento ilícito cometido por el sujeto público³.

Ciertamente, esta pregunta está vinculada al primer tema de este Pleno Jurisdiccional [la cuestión del título de imputación del extraneus en la comisión de un delito funcional]⁴, por lo que intentaré evitar hasta donde sea posible cualquier tipo de repetición odiosa; no obstante, parece necesario desarrollar siquiera brevemente algunos puntos relacionados con el delito de enriquecimiento ilícito para dar debida respuesta al problema planteado.

Así, algo habrá que decir sobre el concepto de enriquecimiento ilícito; sus principales características; el momento de su consumación; la participación; y quizás las particularidades que se presentan cuando el extraneus o interviniente es un familiar o allegado al funcionario público.

1 El presente artículo se corresponde en gran medida con la ponencia presentada en el Primer Pleno Jurisdiccional Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios (Lima, 24 de noviembre de 2017); organizado por el Sistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Para esta edición se agregan notas a pie.

2 Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor por la Universidad de Salamanca. Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales (Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Piura. Miembro del Estudio Oré Guardia. Miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal (Incipp).

3 Cabe mencionar que, tras la realización de este Pleno Jurisdiccional, se aprobó por mayoría lo siguiente: "Los extranei solo pueden responder como cómplices cuando colaboran en los actos específicos de abuso funcional que genera enriquecimiento. La incorporación de los bienes ilícitos a su patrimonio, la inversión del dinero ilícitamente obtenido y, en general, el uso de dichos fondos no constituyen colaboración, pudiendo, en todo caso, constituir delitos autónomos de receptación, lavado o semejantes".

4 Sobre este punto, el Pleno Jurisdiccional aprobó la siguiente ponencia: "El Código Penal asume la tesis de la «accesoriedad de la participación». La participación es posible cuando concurre realmente un hecho realizado por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que el extraneus responde en calidad de cómplice por el delito cometido por el sujeto público. Se asume de ese modo la tesis de la unidad del título de la imputación. En suma, los extranei responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal cualificación de sujeto público".



Siendo así, les propongo abordar este tema a partir de dos casos hipotéticos:

- a) Un funcionario público entrega a su hija como regalo de bodas un inmueble ubicado en un exclusivo balneario del sur de la capital. El inmueble está valorizado, digamos, en la friolera de 600.000 dólares.
- b) Un funcionario público, separado de su mujer, le entrega la suma de 100.000 dólares para el tratamiento de una grave y costosa enfermedad en el extranjero.

Por supuesto, en ambos casos el funcionario público no tiene modo de explicar su tren de vida y otros signos exteriores de riqueza. ¿Constituirá la casa de playa entregada a la hija un regalo envenenado? Es decir, ¿podrán los flamantes esposos verse implicados como cómplices del delito de enriquecimiento? ¿O deben responder por un delito de lavado de activos?

¿Y no es verdad que la aún esposa está ayudando a gastar un patrimonio obtenido con abuso de las obligaciones funcionales del marido? ¿Responderá también como cómplice de enriquecimiento? ¿Responderá por lavado de activos?

I. CONCEPTO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El delito de enriquecimiento ilícito, en términos sencillos, sanciona el incremento patrimonial no justificado de un funcionario público. Se trata de un delito que alberga serias dudas en cuanto a su legitimidad: no se reprime propiamente una conducta, sino un *estado patrimonial*; en los hechos, se invierte la carga de la prueba; se vulnera la presunción de inocencia, etc.⁵

En buena cuenta, estamos ante un delito que pretende sortear las dificultades probatorias que plantean los delitos de corrupción; a ello obedece en parte su carácter residual o subsidiario como reconoce el Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116, pues de quedar acreditados los delitos que dan pie al incremento patrimonial no justificado (por ejemplo cohecho, colusión o peculado) serán estos los que se verifiquen.⁶

⁵ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / GABRIEL ORSI, Omar. El delito del enriquecimiento ilícito en América Latina. Tendencias y perspectivas. En: *Cuadernos de política criminal*, N° 116 (2015), pp. 205-207 y 233: reconociendo las dificultades y tensiones que anidan tras esta figura, lo que explicaría la disímil adaptación del delito de enriquecimiento ilícito en América Latina, estos autores agregan: “De un lado, la configuración del tipo como incremento no proporcional del patrimonio conlleva la posibilidad de iniciar procesos de manera arbitraria, afectando el derecho a la presunción de inocencia. Del otro lado, las posibilidades de ingresar en contradicción con la prohibición de autoincriminación aumentan en tanto y en cuanto el dispositivo sugiera que es el funcionario quien debe acreditar que el incremento patrimonial proviene de una causa lícita”.



No en balde, la profesora española Mercedes Fernández López señala que: “Su utilidad desde el punto de vista sustantivo radica, pues, en la posibilidad de castigar a quien se lucre con la ejecución de un delito de corrupción en los casos en los que no es posible acreditar el hecho concreto que dio origen al incremento patrimonial pero puede concluirse, a partir de la prueba practicada en juicio, que proviene de una actividad ilícita”.⁷

Con esto no pretendo deslegitimar la presencia de este delito en nuestro código punitivo, pero sí poner sobre el tapete los cuestionamientos que se le dirigen; los principales, que podrían suponer un caso de inversión de la carga de la prueba, así como una vulneración a la presunción de inocencia. Razones que la mayor parte de Estados europeos entienden suficientes como para no admitirlas en sus legislaciones,⁸ a pesar de constituir una recomendación de la *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*.

Como acabo de señalar, no pretendo con esto deslegitimar este delito, por lo demás necesario en la lamentable realidad de nuestro país, pero esto exige levantar esas observaciones y cuestionamientos para que la interpretación del tipo penal de enriquecimiento así como su imputación a título de autores o partícipes se haga en estricto respeto de las reglas de la dogmática y los principios que inspiran el Derecho penal.

Por esta razón, hace bien el Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116 en enfatizar varias veces que el delito de enriquecimiento no se satisface con un simple mejoramiento patrimonial indebido; este delito no se configura con el solo incremento económico no justificado, pues lo que da contenido al injusto son los **actos irregulares** a los que alude el legislador con la expresión “**abusando del cargo**” y que son los actos que a la postre generan el enriquecimiento. De este modo, este prevalimiento funcional anudado al incumplimiento del deber de rendición de

6 ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima, Nomos & Thesis, 2016, p. 358; SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. Lima, Grijley, 2011, 2ª ed., p. 611.

7 FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. Consideraciones procesales sobre el delito de enriquecimiento ilícito. En: AA. VV. *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*. Demetrio Crespo y González Cuellar Serrano (coords.). Madrid, Castillo de Luna, 2015, p. 437.

8 RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / GABRIEL ORSI, Omar. El delito del enriquecimiento ilícito en América Latina. Tendencias y perspectivas. En: *Cuadernos de política criminal*, N° 116 (2015), pp. 212 y 214, quienes señalan que el ámbito europeo presenta un mapa particularmente refractario a la incorporación del delito de enriquecimiento ilícito; agregan, en este sentido, que “la suerte corrida en América Latina por este delito contrasta con el continente europeo en general (...) En efecto, en América Latina se verifica una amplia y extendida aceptación de la figura, la cual se encontraba incorporada a la legislación interna de doce países antes de la entrada en vigencia de la Convención de Caracas [Convención Interamericana contra la Corrupción]”.



cuentas o de evidenciar la pulcritud de su patrimonio, son los elementos que denotan un suficiente grado de merecimiento de pena y que a la vez fundamentan el injusto.⁹

II. CARACTERÍSTICAS DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

a) Delito especial propio y de infracción de deber

Parece incuestionable que estamos ante un delito especial propio, tal como lo asevera el décimo tercer fundamento del Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116; así, el círculo de posibles autores de este delito se limita a los funcionarios o servidores públicos, sin que exista la posibilidad de reconducir el hecho a una figura común para el extraneus o quien no reúna esa calidad.

Sin embargo, más importante desde el punto de vista material supone caracterizar el enriquecimiento ilícito como un delito de infracción de deber, pues el obligado especial, como figura central del hecho, será autor con independencia de la forma externa de su comportamiento; así, el funcionario o servidor público será autor del enriquecimiento no porque domine el hecho o porque lo haya organizado de una forma defectuosa, sino en la medida que haya infringido su deber especial o institucional.

Si se mira bien, la delimitación de la autoría en consideración al carácter de delito especial propio es más bien formal: quien no es funcionario o servidor público carece de aptitud para ser autor del delito; mientras que en los delitos de infracción de deber la autoría se determina o fundamenta en un criterio material, a saber, la infracción del deber por el obligado especial.

b) Consumación

Sabemos que la consumación viene definida como la realización de los elementos del tipo penal. En el delito de enriquecimiento este viene dado por el incremento significativo del patrimonio del funcionario. Conuerdo con los Profesores Ramiro Salinas¹⁰ y Tomás Gálvez¹¹ cuando niegan que estemos ante un delito permanente. En verdad, estamos ante un delito de

⁹ El contenido de injusto reposaría “en la conducta ilícita del funcionario, en virtud de la cual se sirve del cargo para obtener un incremento patrimonial”. SAN MARTÍN CASTRO / CARO CORIA / REAÑO PESCHIERA. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir*. Lima, Jurista Editores, 2002, pp. 186 y 190; ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo...* cit., pp. 363-364.

¹⁰ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra...* ob. cit., p. 621.

¹¹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás. *El delito de enriquecimiento ilícito*. Lima, Instituto Pacífico, 2017, 2ª ed., p. 276.



estado, pues el delito se perfecciona y concluye con la provocación del enriquecimiento aun cuando el agente “*sigue aprovechándose del estado creado por su hecho*”, como diría Roxin.¹²

Para ser más gráfico, habría que comparar este delito con la bigamia que es un delito de estado, pues se perfecciona y concluye con la celebración del segundo matrimonio; así, no es que el matrimonio ilegal se siga ejecutando y solo cese con la declaración de nulidad del segundo matrimonio. Se trata, pues, de un delito de estado y a todos los efectos de consumación instantánea, por lo que el inicio del plazo de prescripción se computa desde la misma celebración del segundo matrimonio.

Sucede lo mismo con el delito de enriquecimiento, que como se ha dicho se perfecciona y concluye con la provocación del incremento patrimonial significativo.

Por esta razón, muestro respetuosamente mi discrepancia con el criterio doctrinal expuesto en el apartado 15 del Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116 cuando establece que el delito de enriquecimiento queda configurado por el legislador como un delito de consumación permanente.

Sí me parece acertado, en cambio, que el Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116 admita la posibilidad de una ejecución continuada en la medida que el delito de enriquecimiento se configura no solamente con el desbalance o crecimiento patrimonial, sino en atención al “conjunto conexo de actos dolosos irregulares” que suponen justamente el abuso del cargo.

c) Participación en delito de enriquecimiento

Como se sabe, la complicidad, también llamada cooperación, es un acto de colaboración en un hecho punible ajeno. En el delito de enriquecimiento, la cooperación supone una intervención de tercero sin infracción de deber especial, institucional o positivo; de este modo, el intraneus responderá siempre a título de autor, mientras que el extraneus lo hará como partícipe, sea instigador o cómplice.

Como pueden advertir, ya no entro al debate sobre la participación del extraneus en los delitos especiales y de infracción de deber; el Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116 (fundamento jurídico 14) al respecto manifiesta que no se trata ya de un problema dogmático que merezca ser

¹² ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid, Civitas, 1997. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y de Vicente Remesal (trads.), p. 329.



discutido, apelando incluso a la modificación del artículo 25 del Código Penal en virtud del Decreto Legislativo 1361.

Hoy en día esta aparece como la postura mayoritaria, pues efectivamente resulta difícil considerar que la contribución o ayuda del extraneus para la perpetración de un delito de infracción de deber es jurídicamente neutra o carente de relevancia penal. Si bien es verdad que la norma prevista en el artículo 401 del Código Penal se dirige especialmente al funcionario o servidor público, también lo es que en ella subyace otra norma que se dirige a todos los miembros de la sociedad y que nos insta a no cooperar en hechos punibles ajenos.

III. CONTRIBUCIÓN DE FAMILIARES EN DELITO DE ENRIQUECIMIENTO

Señalado todo lo anterior, toca abordar el problema planteado en el Tema III de este Pleno Jurisdiccional: ¿Pueden responder penalmente como partícipes del delito de enriquecimiento ilícito los extranei que participan en la adquisición, transferencia y adjudicación de bienes conseguidos con el producto del delito de enriquecimiento ilícito cometido por el funcionario público?

Según el Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116, la respuesta será afirmativa cuando los actos de complicidad (entendida como la ayuda para obtener, recepcionar, administrar, transferir o mantener los bienes que van produciendo el enriquecimiento ilícito) se realizan mientras el funcionario conserve su cargo y condición. Si el aporte es posterior al cese del mal funcionario, entiende el Acuerdo que la conducta desplegada ya no será accesoria, sino autónoma y responderá por otro delito como bien podría ser el de lavado de activos.

Esta solución quizás podría resultar coherente con el entendimiento del delito de enriquecimiento como un delito permanente, un delito cuya permanencia cesa con el apartamiento del funcionario de la función pública. Si consideramos en cambio que estamos ante un delito de estado y de consumación instantánea, tendremos que señalar que las conductas imputadas a los extranei serán mayormente, aunque no siempre, post-consumativas.

Ahora bien, si como acabo de señalar algunos aportes o actos contributivos se realizan durante la ejecución del delito (por ejemplo, aquellos casos en los que el incremento patrimonial opera no directamente en el peculio del funcionario, sino en el del testaferro partícipe) y otros con posterioridad a la consumación (a saber, en aquellos casos en los que el desplazamiento de bienes opera luego de que el intraneus ya incrementó su patrimonio real) parecería que los actos



de disimulación y gastos de los familiares o testafierros planteados por el Pleno Jurisdiccional sólo podrían configurar complicidad en el primer caso, mas no cuando el delito ya se consumó.

Y debo decir que, al menos en mi opinión, en ninguno de los dos casos estaremos propiamente ante un supuesto de complicidad. Y para explicarme mejor, quiero volver a los dos casos planteados al inicio de mi exposición.

Como recuerdan, el primer caso aludía al regalo de bodas del funcionario hacia su hija consistente en un inmueble valorizado en 600.000 dólares ubicado en un exclusivo balneario del sur de la capital.

El segundo, la entrega por parte del funcionario a su esposa de una suma de 100.000 dólares para que ella pueda costear el tratamiento de una penosa, grave y costosa enfermedad.

Hipotéticamente, pongamos incluso que la aceptación tanto de la casa de playa por la hija, como de los 100.000 dólares por su mujer son las conductas que concretan el enriquecimiento o incremento patrimonial al que el funcionario accede en atención a algunas irregularidades en el ejercicio del cargo (como habría sucedido más claramente si se hubiese valido, por ejemplo, de un testafierro).

Si bien estas conductas no son posteriores a la consumación del delito, considero que entran en concurso aparente o de leyes con el delito de lavado de activos. Siendo así, entiendo que, por principio de especialidad, la posibilidad de imputar en estos casos complicidad en un delito de corrupción queda desplazada por la imputación como autor de un delito de lavado de activos.

Esto podría conllevar una ventaja para la acusación, pues, como se sabe, un sector de la doctrina y jurisprudencia considera que el dolo del cómplice abarca tanto el conocimiento de su propia contribución como del hecho del autor (doble dolo).¹³ Tratándose, en cambio, de un delito de lavado de activos en la modalidad de actos de ocultamiento y tenencia del artículo 2 del Decreto Legislativo 1106, la imputación del aspecto subjetivo será más sencilla, pues como sabemos este delito se puede imputar a título de dolo eventual.

13 HURTADO POZO y PRADO SALDARRIAGA. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Lima, Idemsa, 2011, Tomo II, 4ª ed., p. 181; VILLAVICENCIO, Felipe. *Código penal comentado*. Lima, Grijley, 2001, 3ª ed., p.150. Consecuentemente, como señala Alcócer Povis “El cómplice debe no solo ser consciente del aporte que realiza, sino también que dicha conducta debe estar dirigida a propiciar la lesión del bien jurídico”, vid. ALCÓCER POVIS, Eduardo. *Introducción al Derecho Penal. Parte General*. Lima, Jurista Editores, 2018, p. 237.



Ahora bien, quizás se estén preguntando si, como aparentemente he señalado en los casos propuestos, concluyo que tanto la hija como la esposa deben responder por el delito de lavado de activos.

Desde un criterio eminentemente causal cualquiera podría concluir que en ambos casos se ha producido efectivamente un alejamiento del bien de su origen ilícito o que, al menos formalmente, estos configuran actos de ocultamiento; sin embargo, debe señalarse que en algunos casos estaremos no más que ante actos cotidianos que carecen del sentido delictivo exigido por el delito de lavado de activos, esto es, el de legitimar capitales que tienen origen en actividades criminales.

Con esto, no quiero decir que cualquier apelación a una conducta neutral o estereotipada tenga por virtud excluir la imputación de un delito de lavado de activos [considero que el mismo argumento podría haber sido sostenido frente a la imputación por complicidad en el delito de enriquecimiento], pues eso no ocurre siempre, incluso en otros delitos en los que existe consenso sobre los efectos excluyentes de la prohibición de regreso.

Y les pongo un último ejemplo:

Parece claro que el dueño de una ferretería no puede ser hecho responsable, ni siquiera a título culposo, de la muerte ocasionada por el cliente que le compra un martillo y lo emplea en la consumación del homicidio. Mayoritariamente, se admite que se trata de una conducta neutral que excluye la imputación objetiva en atención al criterio de la prohibición de regreso.

No obstante, ¿cuántos de entre ustedes excluiría también la imputación a título de cómplice de homicidio, si el mismo dueño de la ferretería vende el martillo cuando el cliente ingresa a su establecimiento con su víctima tomada por los cabellos, visiblemente golpeada, sangrando e implorando que no la maten?

Así pues, si se está o no ante una conducta socialmente adecuada o neutral es algo que se ha decidir, ¡que ustedes han de decidir!, caso por caso.

Por mi parte, al menos en el caso de la esposa aquejada por una grave enfermedad, dudo mucho que deba responder por un delito de lavado de activos, pues su conducta carece evidentemente de ese sentido delictivo propio de las conductas de lavado (ya sin incidir en la ausencia de ese elemento de tendencia consistente en la finalidad de evitar la identificación del origen ilícito, elemento eliminado del tipo penal del artículo 2 del Decreto Legislativo 1106 en virtud del



Decreto Legislativo 1249). En el caso de la hija, seguramente, se plantearán mayores dificultades para argumentar una absolución por lavado de activos, sobre todo por el valor del regalo y lo dudoso que puede resultar la consideración de un acto cotidiano o neutral, pero debo dejar señalado que en otros ordenamientos como el español un sector de la doctrina entiende que casos como estos pueden resolverse simplemente con la aplicación de la figura del partícipe a título lucrativo, esto es, aquellos casos en los que el agente (en este caso un familiar que no ha intervenido en el delito y con desconocimiento de este) ve acrecentado su patrimonio sin contraprestación alguna, caso en el cual debe proceder a la restitución del bien.

IV. CONCLUSIONES

- a) De este modo a la pregunta de si pueden responder penalmente como partícipes del delito de enriquecimiento ilícito los extranei que participan en la *adquisición, transferencia y adjudicación* de bienes conseguidos con el producto del delito de enriquecimiento ilícito cometido por el funcionario público, debo responder negativamente; no pueden ser hechos responsables del delito de enriquecimiento a título de cómplices;
- b) En segundo lugar, considero que los extranei solo responderán como cómplices en la medida en que su intervención, anterior o concomitante, coadyuve a la realización de las irregularidades funcionales que también configuran el injusto del delito de enriquecimiento ilícito;
- c) En tercer lugar, en la medida en que no estemos ante conductas cotidianas, y siempre que se verifiquen sus elementos objetivos y subjetivos, las conductas de *adquisición, transferencia y adjudicación* de bienes conseguidos con el producto del delito de enriquecimiento ilícito podrán quedar subsumidas en el delito de lavado de activos.