



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

MÉTODO DE CASO JURÍDICO

EL DEBER DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DELITO DE

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: CASACIÓN N°953-2017-LIMA

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTORES:

Bach. López Ruiz Katherin Beatriz

Bach. Rodríguez Lozano Fernanda Cecilia.

ASESOR:

Dr. JOSÉ NAPOLEÓN JARA MARTEL

SAN JUAN BAUTISTA – MAYNAS – LORETO – PERU

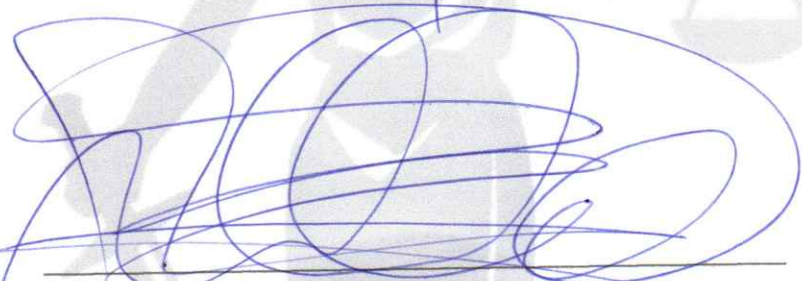
2022

PAGINA DE APROBACIÓN

Trabajo de suficiencia profesional (Método de caso jurídico) sustentado en acto público el día **28 de junio del 2022**, en la FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD CIENTIFICA DEL PERU, identificado por el jurado calificador y dictaminador siguientes:



**MAG. MIGUEL ANGEL VILLA VEGA
PRESIDENTE DEL JURADO**



**MAG. JORGE CRUZ COAQUIRA
MIEMBRO DEL JURADO**



**Mag. SERGIO HORACIO RAMOS GONZALES
MIEMBRO DEL JURADO**



**DR. JOSE NAPOLEON JARA MARTEL
ASESOR**

DEDICATORIA

Dedicamos esta tesis a Dios, quien ha sido
nuestro guía, fortaleza y amor.

A nuestros padres por su cariño y apoyo
incondicional durante todo este proceso.

AGRADECIMIENTO

Nuestro agradecimiento va dirigido a quien ha forjado nuestro camino y nos ha sabido dirigir por el sendero correcto, a Dios, quien es nuestra guía, el que en todo momento está con nosotras, ayudándonos y ofreciéndonos lo mejor para cada una de nosotras.

De igual manera agradecemos a nuestra alma mater, la Universidad Científica del Perú por permitirnos convertirnos en profesionales, y en especial al Dr. José Jara Martel, quien, con la enseñanza de sus valiosos conocimientos se convirtió en nuestra guía principal de nuestro proceso de formación.

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

Con Resolución Decanal N° 267 del 22 de junio de 2022, la FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP designa como Jurado Evaluador y Dictaminador de la Sustentación de Trabajo de Suficiencia Profesional a los Señores:

- Mag. Miguel Angel Villa Vega Presidente
- Mag. Jorge Cruz Coaquira Miembro
- Mag. Sergio Horacio Ramos Gonzales Miembro

Como Asesor: **Dr. Jose Napoleon Jara Martel**

En la ciudad de Iquitos, siendo las 20:00 horas del día **Martes 28 de Junio del 2022** en las instalaciones de la UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP, se constituyó el Jurado para escuchar de modo NO PRESENCIAL, la sustentación y defensa del Trabajo de Suficiencia Profesional – Análisis de Método del Caso: “**EL DEBER DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO: CASACIÓN N° 953-2017-LIMA**”.

Presentado por las sustentantes:

KATHERIN BEATRIZ LOPEZ RUIZ
FERNANDA CECILIA RODRIGUEZ LOZANO

Como requisito para optar el título profesional de: **Abogada**


Luego de escuchar la Sustentación y formuladas las preguntas de forma remota, las que fueron respondidas de forma:.....**SATISFACTORIAS**.....

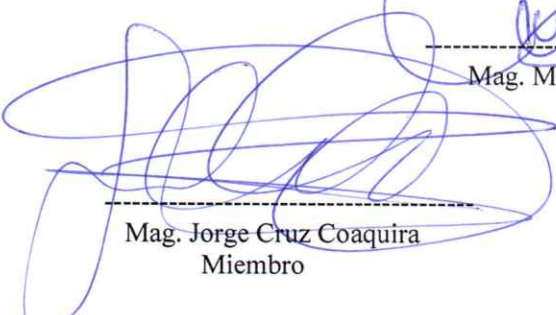
El jurado después de la deliberación en privado llegó a la siguiente conclusión:

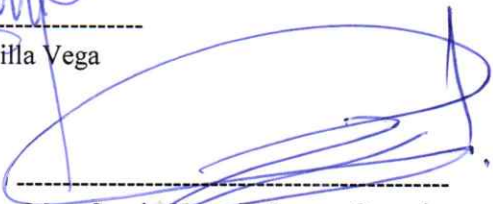
La Sustentación es:

APROBADA POR MAYORÍA

En fe de lo cual los miembros del jurado firman el acta.


Mag. Miguel Angel Villa Vega
Presidente


Mag. Jorge Cruz Coaquira
Miembro


Mag. Sergio Horacio Ramos Gonzalez
Miembro

CALIFICACIÓN: Aprobado (a) Excelencia : 19 – 20
 Aprobado (a) Unanimidad : 16 – 18
 Aprobado (a) Mayoría : 13 – 15
 Desaprobado (a) : 00 – 12

Contáctanos:

Iquitos – Perú
065 - 26 1088 / 065 - 26 2240
Av. Abelardo Quiñones Km. 2.5

Filial Tarapoto – Perú
42 – 58 5638 / 42 – 58 5640
Leoncio Prado 1070 / Martines de Compañon 933

Universidad Científica del Perú
www.ucp.edu.pe

CONSTANCIA DE ORIGINALIDAD DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DE LA UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP

El presidente del Comité de Ética de la Universidad Científica del Perú - UCP

Hace constar que:

El Trabajo de Suficiencia Profesional titulado:

**"EL DEBER DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DELITO DE
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: CASACIÓN N°953-2017-LIMA"**

De los alumnos: **LÓPEZ RUIZ KATHERIN BEATRIZ Y RODRÍGUEZ LOZANO FERNANDA CECILIA**, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, pasó satisfactoriamente la revisión por el Software Antiplagio, con un porcentaje de **12% de plagio**.

Se expide la presente, a solicitud de la parte interesada para los fines que estime conveniente.

San Juan, 24 de Mayo del 2022.



Dr. César J. Ramal Asayag
Presidente del Comité de Ética - UCP











CJRA/ri-a
225-2022



Document Information

Analyzed document	UCP_DERECHO_2022_TSP_KATHERINLOPEZ_FERNANDARODRIGUEZ_V1.pdf (D137026914)
Submitted	2022-05-18T18:05:00.0000000
Submitted by	Comisión Antiplagio
Submitter email	revision.antiplagio@ucp.edu.pe
Similarity	12%
Analysis address	revision.antiplagio.ucp@analysis.urkund.com

Sources included in the report

W	URL: https://1library.co/document/rz393r7z-inversion-enriquecimiento-ilicito-tipificado-articulo-vulneracion-presuncion-inocencia.html Fetched: 2021-04-28T23:13:46.0530000		10
W	URL: https://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12557/3566/Mirian_Tesis_doctoral_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y Fetched: 2021-11-28T07:35:26.4930000		4
SA	Universidad Científica del Perú / UCP_DER_2019_TSP_jose_reategui_milagritos_tangoa_v1.pdf Document UCP_DER_2019_TSP_jose_reategui_milagritos_tangoa_v1.pdf (D62349218) Submitted by: revision.antiplagio@ucp.edu.pe Receiver: revision.antiplagio.ucp@analysis.urkund.com		11
W	URL: http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2019/12/03162124/enriquecimiento-ilicito-inversion-de-la-carga-de-la-prueba.pdf Fetched: 2021-11-29T03:41:46.1570000		6
W	URL: https://lpderecho.pe/jurisprudencia-actualizada-relevante-enriquecimiento-ilicito/ Fetched: 2021-01-12T01:02:56.4200000		6
SA	INFORME DE TESIS GORDILLO MORI CATHERINE LISET Fin.docx Document INFORME DE TESIS GORDILLO MORI CATHERINE LISET Fin.docx (D54453568)		19
SA	1A_ULICES_BENITES_GONZALES_MAESTRIA_2019.docx Document 1A_ULICES_BENITES_GONZALES_MAESTRIA_2019.docx (D58459999)		3
W	URL: https://repositorio.umsa.bo/bitstream/handle/123456789/11545/T1916.pdf?sequence=1&isAllowed=y Fetched: 2021-11-21T22:36:01.7300000		4
W	URL: http://www.pensamiento penal.com.ar/system/files/cpccomentado/cpc37774.pdf Fetched: 2021-05-03T08:50:57.4030000		6
W	URL: https://gredos.usal.es/bitstream/10366/124206/1/DDPG_RojasPichlerPabloAndres_Tesis.pdf Fetched: 2021-05-23T03:56:44.7400000		3

RESUMEN

La presente investigación viene dada por dos motivos casacionales, de manera que la Casación N°953-2017-Lima de la Sala Penal Transitoria, propone como primer motivo casacional lo relacionado a la carga de la prueba, hasta que medida corresponde al acusado acreditar la licitud de su solvencia patrimonial – temática principal a desarrollarse –; y, como segundo motivo casacional, si la existencia de un desbalance patrimonial no justificado del funcionario o servidor público podría constituir delito de enriquecimiento ilícito por la simple situación del cargo público; ambas cuestiones de índole adjetiva y sustantiva, respectivamente, que serán abordados en el trabajo y viene dado por el análisis dogmático del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) y las aristas de carácter procesal que abarca la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito.

Esta investigación tiene como **objetivo principal**; establecer cómo funciona el deber de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito. En relación a los **materiales y métodos de investigación**, se empleó el fichaje para el análisis de los documentos; teniendo en cuenta que la presente investigación es un trabajo de suficiencia profesional esta desarrollada dentro de un enfoque cualitativo de tipo socio jurídico, en la que el nivel de investigación es de tipo descriptiva.

Asimismo, se obtuvo como **resultado** que; el deber de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito corresponde exclusivamente al Ministerio Público quien está facultado para demostrar el incremento patrimonial desmesurado del imputado en el período que se desempeñaba como funcionario público; de ello, se **concluye**, además, que no existe una inversión de la carga probatoria, pues corresponde al funcionario o servidor público únicamente la justificación lícita de su incremento patrimonial, más no la acreditación del enriquecimiento ilícito.

Palabras claves: enriquecimiento ilícito, desbalance patrimonial, funcionario público, deber de probar, presunción de inocencia.

INDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA	03
AGRADECIMIENTO	04
RESUMEN	09

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN	10
--------------	----

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES	12
2.1.1. RECURSO DE NULIDAD N°2939-2015-LIMA	12
2.1.2. TESIS: LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	12
2.1.3. TESIS: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ESPECÍFICO EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	14
2.1.4. TESIS: EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LA ACTIVIDAD FUNCIONAL PÚBLICA	16
2.2. MARCO JURÍDICO	18
2.2.1. REGULACIÓN INTERNACIONAL	18
2.2.1.1. CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN (CICC)	18
2.2.1.2. CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN (CNUCC)	19

2.2.2. REGULACIÓN NACIONAL	20
2.2.2.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ	20
2.2.2.2. CÓDIGO PENAL	21
2.3. FUENTES Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	22
2.3.1. FUENTES NORMATIVAS	22
2.3.2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	23
2.4. FUNDAMENTO DE INCRIMINACIÓN	24
2.5. CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL	28
2.6. NATURALEZA JURÍDICA	32
2.7. MODELOS DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	33
2.8. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO	34
2.8.1. REDACCIÓN NORMATIVA	34
2.8.2. DELIMITACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	35
2.8.3. SUJETOS DEL DELITO	37
2.8.4. COMPORTAMIENTO TÍPICO Y VERBO RECTOR	38
2.8.4.1. VERBO RECTOR DEL TIPO PENAL	38
2.8.4.2. ACCIÓN TÍPICA DEL DELITO	39
2.8.5. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO	46
2.8.6. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO	49
2.8.7. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES: POR LA CONDICION DEL AGENTE	51
A. FUNCIONARIOS DE ALTA DIRECCIÓN EN LAS ENTIDADES, ORGANISMOS O EMPRESAS DEL ESTADO	52
B. FUNCIONARIOS PÚBLICOS CON PRERROGATIVAS DE ANTEJUICIO Y ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL	54

B.1. EL ANTEJUICIO CONSTITUCIONAL	54
B.2. LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL	56
2.8.8. ANTIJURICIDAD: CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	57
2.8.9. CULPABILIDAD: IMPUTACIÓN PERSONAL	59
2.8.10. PENALIDAD	61
2.9. EL MINISTERIO PÚBLICO COMO TITULARIDAD	
DE LA CARGA DE LA PRUEBA	62
2.10. EL DEBER DE LA CARGA DE LA PRUEBA	
EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	65

CAPÍTULO III

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

3.1. CONTEXTO DEL PROBLEMA	67
3.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	68
3.2.1. PROBLEMAS GENERALES	68
3.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS	68
3.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	68
3.3.1. OBJETIVO GENERAL	68
3.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	68
3.4. VARIABLES	69
3.5. SUPUESTOS DE LA INVESTIGACIÓN	69
3.5.1. SUPUESTOS GENERALES	69
3.5.2. SUPUESTOS ESPECÍFICOS	69

CAPÍTULO IV
METODOLOGÍA

4.1. MÉTODO DE ESTUDIO	70
4.2. MUESTRA	71
4.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	71
4.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS	71
4.5. VALIDÉZ Y CONFIABILIDAD	72
4.6. PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA	73

CAPÍTULO V

RESULTADO	74
-----------	----

CAPÍTULO VI

DISCUSIÓN	75
-----------	----

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES	79
--------------	----

CAPÍTULO VIII

RECOMENDACIONES	81
-----------------	----

CAPÍTULO IX

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83
----------------------------	----

ANEXOS

ANEXOS N°01: MATRIZ DE CONSISTENCIA

ANEXOS N°02: PROYECTO DE LEY

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

La investigación a desarrollarse aborda una doble arista; el primero de carácter procesal relacionado al deber de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito; y, el segundo, de índole sustantivo concerniente a la existencia de un desbalance patrimonial no justificado del funcionario público podría constituir el delito de enriquecimiento ilícito por la simple ostentación del cargo. Ambas temáticas se abordan en la Casación N°953-2017-Lima, de fecha diecisiete de agosto del dos mil dieciocho, expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en cuyos fundamentos jurídicos se brindan los alcances normativos de los temas señalados.

Por lo que este trabajo tiene como principal enfoque el aspecto procesal referente al deber de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito, delimitando hasta qué punto incumbe al funcionario público la justificación de su solvencia económica o, si corresponde al Ministerio Público acreditar el incremento patrimonial desmesurado del imputado, para llegar a su determinación, se tiene como punto de partida identificar el fundamento de punición del delito de enriquecimiento ilícito de acuerdo a la política criminal, así como desarrollar los alcances típicos del delito en aplicación de la dogmática penal, para luego entender el contenido constitucional de la carga de la prueba y sobre su dinámica en el delito de enriquecimiento ilícito, finalizando por comprender en que consiste la inversión de la carga de la prueba en el injusto penal mencionado.

Lo mencionado en el anterior párrafo, es en razón a que; conforme a la casación materia de análisis, la inversión de la carga de la prueba se da de modo relativo, y se produce ante la existencia de un incremento patrimonial del funcionario público, cuando tal aumento no ha sido posible alcanzar como resultado de sus ingresos legítimos, es en ese punto que la inversión de la carga de la prueba corresponde al funcionario público acreditar la licitud de ese incremento desmesurado.

Siendo así, la identificación de la realidad problemática recae sobre la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito, y que surge de la sentencia en examen, teniendo como **planteamiento del problema**, la siguiente interrogante: **¿Cómo funciona el deber de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito?**, y como problemas específicos, se plante lo siguiente: **¿Cuáles son los límites entre el deber de justificación recaído en el funcionario o servidor público, y el deber de la carga de la prueba del Ministerio Público en la Casación N°953-2017-Lima?**; y, **¿Cuándo nos encontramos ante un desbalance patrimonial no justificado para que constituya delito de enriquecimiento ilícito en la Casación N°953-2017-Lima?**

De manera que esta investigación resulta **importante** para establecer criterios neutrales que más resulten adecuados a la finalidad de la norma penal que conllevan a determinar si la inversión de la carga de la prueba – que correspondería al funcionario público –, no colisiona con el principio de la presunción de inocencia, pues es un criterio que se maneja en la doctrina nacional y como tal, los autores de esta postura afirman una vulneración al debido proceso donde únicamente incumbe al Ministerio Público acreditar la responsabilidad penal del imputado en virtud al mandato constitucional. Entonces, consideramos pertinente unificar las posiciones vertidas en la doctrina sobre la inversión probatorio en el delito de enriquecimiento ilícito a efectos de no lesionar derechos constitucionales del imputado.

Por lo expuesto, los **objetivos generales** en el estudio de la sentencia casatoria objeto de estudio, estriba en **Establecer cómo funciona el deber de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito**; teniéndose como **objetivos específicos** que: **1) Establecer cuáles son los límites entre el deber de justificación recaído en el funcionario o servidor público, y el deber de la carga de la prueba del Ministerio Público en la Casación N°953-2017-Lima;** y, **2) Determinar cuándo nos encontramos ante un desbalance patrimonial no justificado para que constituya delito de enriquecimiento ilícito en la Casación N°953-2017-Lima.**

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

La investigación que se presenta, tiene como antecedentes de estudio diferentes tesis que se encuentran relacionadas con el tema central que es el delito de enriquecimiento ilícito, y estos son:

2.1.1. SALA PENAL PERMANENTE: RECURSO DE NULIDAD N°2939-2015-LIMA.

La Sala Penal de la Corte Suprema, desarrolla criterio jurisprudencial en relación a que la sola falta de justificación del incremento patrimonial no configuraría el delito de Enriquecimiento Ilícito; en ese sentido, plantea que, no es un delito de abuso funcional por parte del funcionario o servidor público, por lo que no se debe admitir el criterio de que no es un delito que se pueda justificar razonablemente al momento que la parte acusadora imputa cargos por la existencia de un aparente desbalance patrimonial contra el sujeto activo.

Además, la sala plantea que: bajo ningún concepto es de asumir que exista una inversión de la carga de la prueba, por la concurrencia eventual de un indicio de falsa justificación. Tal interpretación vulneraría la presunción de inocencia; excluiría inconstitucionalmente al Ministerio Público de su obligación de probar la imputación, y restringiría el derecho del acusado a guardar silencio frente a la acusación formulada en su contra.

2.1.2. TESIS: “LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO TIPIFICADO EN EL ARTÍCULO 401 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO Y LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA”

AUTOR: CASTILLO MÉNDEZ, Elvis Mayer.

LUGAR Y AÑO: Trujillo, 2014.

OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN:

En su tesis para optar el título de abogado, el autor **Castillo Elvis**, tuvo como objetivo principal de su investigación, determinar, si en el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 401° del Código Penal Peruano, la inversión de la carga de la prueba vulnera el derecho a la presunción de inocencia de los funcionarios y servidores públicos, en razón a que, al asumir la existencia de una inversión de la carga probatoria por parte de funcionario o servidor se estaría vulnerando preceptos constitucionales como el derecho a la presunción de inocencia.

Además, esta figura delictiva de enriquecimiento ilícito, en países de América Latina, encuentra obstáculos probatorios para la investigación, debido a que los estados carecen, frecuentemente, de recursos de alta tecnología eficaces para la obtención de material probatorio para incriminar sobre estos delitos. Esta deficiencia de un estado no puede corregirse con la inversión de la carga de la prueba porque no solo se vulnera derechos constitucionales sino también el principio de mínima intervención del derecho penal garantista.

ASPECTOS RELEVANTES DE LA INVESTIGACIÓN:

Primero, debemos indicar que coincidimos con el planteamiento por el autor. Teniendo como hipótesis que; la inversión de la carga de la prueba en el delito de Enriquecimiento Ilícito, si vulnera el derecho a la presunción de inocencia, porque dentro de este delito se tiene que el funcionario o servidor público es quien debe justificar que el incremento de su patrimonio, es de procedencia lícita. Además, se tiene que con la vigencia de la Ley N° 29758, si bien es cierto se descarta todo tipo de inversión de la carga de la prueba, aun en la práctica el Ministerio Público pese a que constitucionalmente es el titular de la acción penal, solicita a los investigados que justifiquen el origen lícito del acervo patrimonial que genera un desbalance, lo cual nos conlleva a concluir que aún existe un problema de interpretación del artículo 401° del Código Penal Peruano.

PERTINENCIA DE LA INVESTIGACIÓN:

La presente investigación resulta pertinente y fundamental como antecedente para este trabajo de investigación, en razón a que aborda ampliamente nuestra problemática de la carga de la prueba en el delito de Enriquecimiento Ilícito en nuestra normativa vigente de nuestro Código Penal, ya que al asumir la existencia de una carga probatoria para el funcionario o servidor público investigado se estaría enervando la presunción de inocencia que le reviste como derecho fundamental a todo acusado, por lo que se debe tener en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico la inocencia no se prueba sino se presume, sin embargo, tomando el criterio del autor de esta investigación, coincidimos en que, en el ejercicio del derecho a la defensa el funcionario o servidor público puede justificar la procedencia del desbalance patrimonial, pero el presente caso, nos encontramos inmersos en la figura de una inversión de la carga probatoria.

2.1.3. TESIS: “EL BIEN JURIDICO ESPECÍFICO EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO”.

AUTOR: PEZO RONCAL, Cecilia Alexandra.

LUGAR Y AÑO: Lima, 2014.

OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN:

La autora **Pezo Roncal**, en su tesis para obtener el grado académico de Magister con mención en Derecho Penal, analiza la naturaleza y bien jurídico protegido del delito de Enriquecimiento Ilícito, en razón a que para un sector de la doctrina lo han considerado como un delito residual y/o subsidiario; asimismo, es casi unánime la posición nacional en reconocer que en este delito el bien jurídico protegido adolece e especificación, y este problema coadyuba a la interpretación errada del tipo penal, generando algunas problemáticas cuando nos encontramos frente a un caso concreto.

ASPECTOS RELEVANTES DE LA INVESTIGACIÓN:

En la presente investigación, la autora aporta su postura respecto al delito de Enriquecimiento Ilícito y lo considera como un delito especial propio de infracción de deber, bajo la perspectiva que el funcionario público, al asumir de manera voluntaria un cargo o posición, no solo se hace responsable de diferentes funciones y potestades, sino también de deberes y prerrogativas, que esta referido a un marco de obligatorio respeto para el funcionario público; por lo que su accionar debe estar dirigido por los principios que rigen a la administración pública y al ejercicio de la función pública, por lo que el bien jurídico protegido en este delito está estrechamente ligado a ello y el accionar malicioso del funcionario o servidor público reviste de una especial gravedad porque lesiona principios rectores como el principio de probidad y transparencia en el ejercicio de la función pública.

Por otro lado, dentro de la investigación toma como punto de partida los principios que rigen a la administración y la actividad funcionaria, la autora explica que, el conocimiento y respeto por dichos principios, conlleva a que tengan una tutela especial porque estos forman la base esencial para el ejercicio de la función pública, bajo ese criterio y en base al principio de transparencia se ve plenamente justificado la exigencia de la ley penal de obligar al funcionario público rendir cuentas al Estado respecto de su patrimonio.

PERTINENCIA DE LA INVESTIGACIÓN:

La investigación que se presenta aporta a nuestra investigación, puesto que nos instruye de manera amplia sobre el bien jurídico protegido en el delito de Enriquecimiento Ilícito, lo cual nos permite conocer cómo se desarrolla, configura y que se vulnera en el delito antes mencionado, y nos da una amplia lectura sobre el rol del funcionario o servidor público dentro de la administración pública. Coincidimos, además, con postura de la autora, en razón a que el funcionario o servidor debe conducirse bajo los principios antes mencionados y en relación al delito de Enriquecimiento Ilícito, también es su deber mantener un estatus patrimonial acorde a los ingresos que percibe o que le corresponde.

2.1.4. TESIS: “EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LA ACTIVIDAD FUNCIONAL PÚBLICA EN LIMA SUR 2017-2018”.

AUTOR: LEGUÍA CASIMIRO, Alfonso Daniel.

LUGAR Y AÑO: Lima, 2018.

OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN:

La tesis que se presenta tiene como objetivo, determinar cuáles son las características del enriquecimiento ilícito a razón de la actividad funcional pública, en este caso, el autor **Leguía Casimiro**, para optar el título de abogado, desarrolla su investigación en los funcionarios públicos en Lima Sur en los años 2017 a 2018. También se busca determinar cuáles son las consecuencias sociales de un enriquecimiento ilícito y determinar cuál es la importancia de las actividades funcionales públicas. Con relación a este último objetivo, el autor estudia al sujeto activo del delito y las formas en que se puede configurar el enriquecimiento ilícito que se encuentra estrechamente relacionado con la pérdida de valores y principios por parte de los funcionarios y/o servidores públicos, creando de este modo una inestabilidad administrativa, funcional y jurídica en nuestra sociedad.

ASPECTOS RELEVANTES DE LA INVESTIGACIÓN:

El delito de Enriquecimiento Ilícito, es un delito recurrente entre los funcionarios públicos de las diversas instituciones del Estado, en razón a que no existe una fiscalización tanto interna como externa en las entidades, lo cual es un desinterés del Estado Peruano, sin tomar en consideración que el dinero del mismo es para fines públicos, lo cual se recauda del aporte (en sus formas diversas) de cada uno de los ciudadanos. En razón a ello, lo tipificado con el artículo 401° del CP, es una consecuencia a la falta de ética de los funcionarios y/o servidores públicos, que aprovechándose de su cargo incrementan abruptamente sus patrimonios valiéndose de artimañas o por medio de favores a interés propio que perjudica a la colectividad.

PERTINENCIA DE LA INVESTIGACIÓN:

La pertinencia de la investigación se basa en la formulación de problema y el marco teórico desarrollado por el autor. Primero, plantea y desarrolla una problemática de la concurrencia de los funcionarios y/o servidores públicos a la comisión de este delito, indicando que se ha incrementado dentro del sector público procesos judiciales de sujetos que hacen un mal ejercicio de la labor pública.

Coincidimos con el autor al indicar que la conducta de enriquecerse ilícitamente se encuentra tipificada en el artículo 401° de nuestro Código Penal, lo cual, si bien es cierto, pone límites al accionar malicioso de muchos funcionarios y servidores, también se debe presentar nuevas políticas criminales para que no se cometan estos delitos de manera frecuente. En relación al marco teórico, el autor, doctrinariamente nos permite recopilar información de autores, criterios y jurisprudencia.

2.2. MARCO JURÍDICO

2.2.1. Regulación internacional

2.2.1.1. Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)

La Convención Interamericana contra la corrupción, adoptada en Caracas el 29 de marzo de 1996, suscrita por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), aprobado por el Perú por Resolución Legislativa N°26757 del 24 de marzo de 1996, y ratificado por Decreto Supremo N°012-97-RE, del 21 de marzo de 1997, **regula en su Artículo IX el delito de enriquecimiento ilícito** en los siguientes términos:

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

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

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

Esta disposición legal internacional brinda los primeros alcances de lo que trataría el tipo penal de enriquecimiento ilícito como delito, describiendo pautas sustantivas (*incremento patrimonial respecto de los ingresos legítimos en el ejercicio de sus funciones*) como procesales (*no pueda ser razonablemente justificado por el funcionario público*). No obstante, los Estados Partes no estarían en la obligación de incorporar en su Código Penal debido a las críticas que giran en torno a su constitucionalidad y la vulneración al principio de legalidad que importa su tipificación.

2.2.1.2. Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)

A su turno, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en New York el 31 de octubre del 2003, suscrita con Resolución 58/4 por los Estados miembros de las Naciones Unidas, las Islas Cook, Niue, la Santa Sede, el Estado de Palestina y la Unión Europea, y aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N°28357 del 06 de octubre del 2004; regula en su **artículo 20° el delito de enriquecimiento ilícito** bajo la siguiente descripción:

“Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”.

La Convención de las Naciones Unidas (CNUCC) adoptó el mismo criterio de la Convención Interamericana (CICC) para regular el enriquecimiento ilícito, en razón a que en su descripción normativa establece aspectos sustantivos y procesales del delito, pues señala los presupuestos materiales que requiere el tipo penal en examen para su manifestación como delito, así como destacar a quien corresponde su acreditación; en tal sentido, desde la óptica sustantiva, el enriquecimiento ilícito tiene como estructura: i) la participación del funcionario público; ii) implica el incremento significativo del patrimonio respecto de sus ingresos legítimos; y, iii) que lo comete intencionalmente, es decir, se alude al dolo, este último elemento subjetivo no ha sido resaltado en la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC); mientras que, desde la perspectiva procesal, señala que el delito aparece cuando el funcionario público razonablemente no justifica sus ingresos.

2.2.2. Regulación nacional

2.2.2.1. Constitución Política del Perú

Sabido es, que la Administración Pública encuentra fundamento constitucional en la Carta Magna de 1993, pues en su contenido se puede apreciar el **Capítulo IV – De la función Pública**, del **Título I – De la Persona y la Sociedad**, un conjunto de disposiciones legales que fundamentan su actuación y funcionamiento dentro de la sociedad, y comprende los artículos 39° al 42°, articulado que la doctrina nacional considera como suficiente **fundamento constitucional** para la regulación del delito de enriquecimiento ilícito; sin embargo, son los artículo **39° y 41°** de la Norma Suprema los que expresamente se vinculan con el delito objeto de examen, así tenemos:

Artículo 39.- *“Funcionarios y trabajadores públicos*

Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. (...).”

Artículo 41.- *“Declaración Jurada de bienes y rentas*

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. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad”.

2.2.2.2. Código Penal

El Código Penal prevé en su artículo 401° el delito de enriquecimiento ilícito, ubicado sistemáticamente en el Título XVIII – Delitos contra la Administración Pública, Capítulo II – Delitos cometidos por funcionarios públicos, Sección IV – Corrupción de funcionarios, de la norma penal, bajo el *nomen iuris* de “enriquecimiento ilícito”, cuya redacción normativa precisa:

“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 antejuicio 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”.

Resulta pertinente señalar que el artículo 401° del CP ha sufrido una multiplicidad de modificaciones, la primera efectuada por la Ley N°27842 de fecha 15/06/2001; la segunda realizada por la Ley N°28355 en fecha 06/10/2004; la tercera generada por la Ley N°29703 de fecha 10/06/2011; la cuarta verificada por la Ley N°29758 en fecha 21/07/2011; la quinta fue por la Ley N°30111 de fecha 26/11/2013; finalmente, la sexta hecha por el Decreto Legislativo N°1243 de fecha 22/10/2016.

2.3. FUENTES Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

2.3.1. Fuentes normativas

Se tiene como antecedentes más cercanos de la legislación peruana, los debates doctrinarios argentinos. La primera de ellas fue el **Proyecto de Ley de 1936**, del diputado Rodolfo Corominas Segura, en la que se proponía la creación de un Registro Nacional de Bienes de Funcionarios y Empleados Públicos. Posterior a ello, al pretender incluir la figura del Enriquecimiento Ilícito en la legislación penal, se prosigue con el **Proyecto del Código Penal Argentino de 1937**, del senador José Peco, publicado en 1942, ubicando al delito en su artículo 323°; sin embargo, el jurista argentino Sebastián Soler mejora dicha propuesta con el **Proyecto del Código Penal Argentino de 1960**.

El texto argentino definitivo de la figura penal es elaborado por Ricardo Núñez, y se encuentra desarrollado en la **Ley N° 16.648**, de fecha 20 de octubre de 1964, que incorpora al delito en el **Código Penal de 1921**. Núñez, con la influencia del proyecto de Soler, se nos presenta un enriquecimiento presunto bajo una estructura de desobediencia funcional en torno a la conducta típica de “no justificar la procedencia de un enriquecimiento patrimonial” previa a ser “debidamente requerido” al empleado público (GARCÍA NAVARRO, 2022, pág. 1714)

Así también, la legislación colombiana es considerada como fuente normativa influyente. Donde se desarrolla por primera vez el delito de Enriquecimiento Ilícito en el artículo 171° del **Anteproyecto del Código Penal Colombiano de 1974**, modificándose esta propuesta en el **Anteproyecto del Código Penal Colombiano de 1976**. Bajo la influencia argentina (Ley N° 16.648) en el **Anteproyecto del Código Penal Colombiano de 1979**, se establece como conducta típica al incremento patrimonial no justificado. Dicha fórmula penal se traslada al **Código Penal de 1980**; y, posteriormente al **Código Penal del 2000**.

Con respecto a nuestra legislación, si bien es cierto tuvo influencia argentina, la redacción normativa se asemeja mucho más al tipo penal colombiano en razón a que se centra más en el enriquecimiento ilícito, que en la desobediencia (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, pág. 537)

2.3.2. Antecedentes legislativos

La evolución normativa del delito de Enriquecimiento Ilícito en nuestro país es extensa. Introduciéndonos en el historial legislativo de este delito partimos del artículo 62° de la Constitución Política del 1979, que si bien es cierto no desarrollaba propiamente la figura del Enriquecimiento Ilícito, fue una aproximación a éste, ya que constitucionalmente los altos funcionarios del Estado debían declarar sus bienes y rentas mientras se encontraban en el cargo.

La fórmula penal, fue incorporado por primera vez al **Código Penal de 1924**, a través del **Decreto Legislativo N° 121**, que a su vez fue publicado el 12 de junio de 1981, añadiéndose en la norma adjetiva dentro del artículo 361° – A, cuya descripción del tipo penal, tenía una influencia colombiana-argentina, y se encontraba dentro de los delitos de “Denegación y retardo de justicia” (Título VI), dentro de los delitos “Contra los deberes de función y deberes profesionales” (Sección XIV).

Durante la vigencia del Código Penal de 1924 se han formulado una serie de propuestas legislativas que modifican el texto del artículo 361°-A. Primero tenemos el **artículo 381° del Proyecto de Código Penal de 1984**; luego, el **artículo 408° del Proyecto de Código Penal de 1985**; después, el **artículo 383° del Proyecto de Código Penal de 1986**, el **artículo 363° del Proyecto de Código Penal de 1990** y; finalmente, el **artículo 394° del Proyecto de Código Penal de 1991**.

Posterior a ello, con la vigencia del Código Penal de 1991, el delito de Enriquecimiento Ilícito cambia su ubicación, mas no la descripción típica y se incluye dentro de los “Delitos cometidos por funcionarios públicos”, en el artículo 401°, pero se le añade nuevos párrafos y se direcciona a un modelo netamente de la legislación de Colombia, por cuanto se considera la configuración del delito cuando el funcionario o servidor público se enriquece ilícitamente por razón de su cargo. Para Concluir, es preciso mencionar que esta fórmula legal, si bien es cierto hasta la actualidad se mantiene, a lo largo de los años ha sido objeto de varias modificaciones y cuestionamientos.

2.4. FUNDAMENTO DE INCRIMINACIÓN

Con el avance de la ciencia y la tecnología y la expansión del proceso de globalización de la economía y la instauración de la corrupción generalizada y el manejo fraudulento de los presupuestos y economías de los estados por parte de sus funcionarios, se ha generado la necesidad de acondicionar al derecho penal para hacer frente a esta nueva tipología delictiva. En este esfuerzo, y urgidos por la necesidad de prevenir estos hechos perniciosos, los estados y los organismos internacionales, han tomado la decisión de asumir la tipificación penal en cada uno de sus ordenamientos penales, las diversas formas de corrupción y particularmente, el enriquecimiento ilícito de los funcionarios y servidores públicos (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, pág. 175)

Al respecto, los países del orbe han optado por suscribir distintos acuerdos internacionales en cuyo contenido se prevé un catálogo de delitos que colisionan contra la Administración Pública, y en concreto, con el patrimonio de los Estados, estas disposiciones universales son la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, que permite a las legislaciones el compromiso de incorporar dentro de sus Códigos Penales conductas ilícitas que en su seno abarcan actos de corrupción tales como “coimas”, acuerdos fraudulentos, intercambio de favores políticos, apropiación de dinero, abuso de cargo, enriquecimiento ilícito, etc., las mismas que tienen como protagonistas a los funcionarios y servidores públicos que ostentan altos cargos conferidos por mandato popular.

Es de este modo, que el Derecho Penal se convierte en un instrumento o medio de control social que busca penalizar comportamientos gravosos donde el funcionario público abusando de su cargo incurre en una serie de delitos con el fin de satisfacer sus intereses personales ajenos a su función pública encomendada, traicionando la confianza que el Estado y la sociedad le confiere para manejar un cargo público, uno de estos delitos es el enriquecimiento ilícito, un injusto frecuente en el que su comisión se advierte al tiempo de culminar la gestión de los titulares del pliego, en otros términos, después del mandato del funcionario público.

Son variadas las formas por las cuales un funcionario o servidor público puede incurrir en un ilícito penal, tendiente a vulnerar el bien jurídico “Administración Pública”, tal como se analiza a lo largo de todo el Título XVIII del Código Penal. Se parte de una premisa fundamental, el “*prevalimiento*” de la actuación *funcionarial del intraneus*, quien se aprovecha de las potestades inherentes al cargo público, para cometer una conducta, que en puridad contraviene los intereses jurídico-constitucionales que debe cautelar la Administración, según los valores de un orden democrático de derecho (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, pág. 718).

Siguiendo el hilo conductor, ante los delitos contra la Administración Pública – denominado en la doctrina también como “*delitos contra la función pública*” – el Estado materializa el *ius poenale* disponiendo un conjunto de normas penales destinado a regular conductas ilícitas que lesionan la correcta administración de los caudales públicos así como el adecuado funcionamiento de las entidades estatales, con el objeto de prevenir su comisión y autorizar su sanción, sobre este contexto se tiene el artículo 401° del Código Penal, que prevé el delito de enriquecimiento ilícito, que ante su comisión el Estado goza de la potestad para sancionar al funcionario público que abusando de su cargo incrementa su patrimonio a costa del alto cargo que desempeña, este castigo estatal es entendido como *ius puniendi*.

En otros términos, si bien el Estado cede sus cargos públicos para sus ocupamiento y funcionamiento en aras de direccionar una correcta administración de sus caudales, también se permite regular conductas ilícitas que prevén el incremento patrimonial injustificado de sus empleados públicos, esto es, el delito de enriquecimiento ilícito.

Esto funciona así debido a que el derecho penal utilizado como un medio de control social debe corregir y sancionar conductas de enriquecimiento injustificado que lo caracteriza como un delito de corrupción, pues debe entenderse que todo acto de esa naturaleza importa un fenómeno social que aqueja al propio Estado que deviene desde sus altas esferas y cuya dañosidad se extiende a la colectividad.

Lo que el delito de enriquecimiento ilícito trata de prevenir son aquellas conductas anormales que persiguen el logro de aumentos patrimoniales, prevaleciendo de la condición de funcionario público por parte del agente (CREUS, 1998, pág. 312). Si la dedicación a los intereses públicos les reporta un regular y justo enriquecimiento, enhorabuena, lo que resulta inaceptable para la función pública es que el titular del pliego busca enriquecerse abusando del cargo conferido (PÉREZ LÓPEZ, 2016, pág. 449). El Derecho penal en el marco de su finalidad de prevención general debe cumplir un papel decisivo en la lucha contra la corrupción. Se debe sancionar penalmente, a aquellos sujetos públicos que abusando de su cargo incrementan su patrimonio de manera ilegal (SALINA SICCHA, 2014, pág. 611).

En tanto, la jurisprudencia nacional no ha sido ajena al pronunciamiento del fundamento de punición del enriquecimiento, pues en el Recurso de Nulidad N° AV-09-2001-Lima, ha establecido que: *“Los cargos y empleos públicos no son una fuente de enriquecimiento económico y lucro, resultando intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva el uso del cargo o función para acumular o hacer ilícitamente riqueza, teniendo una fuente generadora a una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considerados contrarios a las normas jurídicas y/o sociales”*.

Pero, actualmente, queda desfasada la idea originaria de sus génesis tipificadora. No debe ser considerado un enriquecimiento ilícito la presunción del origen ilícito de los fondos, sino que también importa probatoriamente esclarecer la ilicitud de los ingresos extras del empleado público. Queda en el recuerdo la *ratio legis* presuntiva de la ilicitud del enriquecimiento, puesto que ahora estamos ante un enriquecimiento real cuyos ingresos económicos proscritos deben provenir del abuso funcional y no deducirlo sin sustento probatorio (GARCÍA NAVARRO, 2022, pág. 1697). Esto, en definitiva, constituye el fundamento de punición para incorporar al enriquecimiento ilícito como delito en el Código Penal, ubicado en la “Sección IV: Corrupción de funcionarios”.

La regulación del delito de enriquecimiento ilícito no responde a criterios improvisados por parte del legislador, mucho menos se limitan a razones de política criminal, sino que, a nuestro entender, su punición obedece a lo

establecido en la Constitución Política, pues el Capítulo IV – De la función pública (que comprende de los artículo 39° al 42°) regula la dinámica del funcionamiento de la Administración Pública, en concreto, es el artículo 41° que taxativamente hace referencia al enriquecimiento ilícito, indicando la responsabilidad que tienen los funcionarios públicos con el manejo de los fondos del Estado y su respectiva declaración jurada de bienes y rentas que deben realizar al tomar la posesión del cargo (primer párrafo), sobre ello, en caso de existir enriquecimiento ilícito, corresponde al Fiscal de la Nación presentar cargos ante el Poder Judicial (segundo párrafo).

Algún sector de la doctrina sostiene que la punición del enriquecimiento ilícito obedece a lo regulado en el artículo 39° de la Constitución Política, donde se establece que “*todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación*”, por ello se afirma que no resulta correcto el lucro y enriquecimiento por parte de los funcionarios y servidores públicos, pues el cargo ha sido designado por mandato popular y en confianza de la sociedad y del mismo Estado, por lo que correspondería a los titulares del pliego brindarle un correcto funcionamiento al cargo que en razón a este es que se autoriza el manejo de los caudales.

El requerimiento de que los funcionarios públicos estén al servicio de la Nación no es sino un renovado esfuerzo para evitar formas de corrupción y debe ser exigido por la sociedad globalmente considerada: el ciudadano, pero también órganos del Estado que deben supervisar la legalidad de la función administrativa. En particular, los tribunales, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo. Esta norma – entiéndase el artículo 39° de la Carta Magna – del servicio de la Nación afecta no sólo deberes genéricos de la Administración Pública. Por el contrario, está presente en todo objetivo y meta que deban cumplir sus reparticiones: cada uno deberá ser medida por su servicio a la Nación y, en consecuencia, aceptada, corregida y descartada (RUBIO CORREA, 1999, pág. 414).

2.5. CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL

Conforme al aporte de la doctrina penalista, en su esfuerzo de desarrollar el complejo y discutible delito de enriquecimiento ilícito, es que se puede rescatar una serie de características que lo identifican como un delito funcional y permiten su regulación entre los delitos contra la Administración Pública, en tal sentido, podemos puntualizar sus principales rasgos como delito, a saber:

a. Tiene como núcleo central ser un delito de infracción de deber.

El enriquecimiento ilícito es un **delito de infracción de deber propio** debido a que el fundamento de su punibilidad se encuentra en el quebrantamiento de un doble deber funcional: el **deber de la objetividad** en el ejercicio funcional, esto es, desinteresado económicamente; y, el **deber de la transparencia económica**, entendido no como un deber informativo de los ingresos económicos, sino en el mantenimiento de una situación económica patrimonial neutral o considerablemente tolerable (GARCÍA NAVARRO, 2022, pág. 1733).

En otros términos, se dice que es de infracción de deber en razón a que el sujeto activo – este es el funcionario o servidor público – transgrede los deberes funcionales de su cargo que le es impuesto por el ordenamiento jurídico, produciéndole un incremento ilegítimo a su patrimonio que no habría podido alcanzar con sus ingresos mensuales, vale decir, que el agente se enriquece a costa del detrimento patrimonial del Estado, que puede verse como un “acto de traición” ya que debe estar al servicio de la Nación, conforme lo dispone el artículo 39° de la Constitución Política.

b. Importa un delito especial propio.

Esta característica se da en razón a que el radio de acción de la tipicidad se restringe únicamente a los funcionarios o servidores públicos, cual sea que estén establecidos en el artículo 425° de la norma penal, es decir, que para ser considerado sujeto activo de enriquecimiento ilícito es necesario que el agente ostente la cualidad especial de “empleado público”, por lo que un particular no puede ser considerado como autor del tipo penal en comento. Así, podemos afirmar que el rasgo de ser un **delito especial propio** encuentra su razón en la **condición del sujeto activo**.

Sobre la cuestión, la jurisprudencia nacional no ha sido ajeno a su pronunciamiento, pues en la Casación N°277-2018-Ventanilla, en su Fundamento Segundo, ha precisado que: *“Se trata, desde una perspectiva formal –del mero círculo de autores estipulados en el tipo penal, de su condicionamiento formal–, de un delito especial propio; y, desde una perspectiva de imputación material, de un delito de infracción de deber –determina un obligado institucional y se sustenta en la infracción de un deber positivo que una institución social específica impone al autor: la Administración Pública al funcionario o servidor público”*.

c. Constituye un “delito consecuencia”.

En enriquecimiento ilícito se presenta como un **delito de sospecha** por coincidir su injusto en una etapa definitiva o de concreción de la finalidad crematística del sujeto activo funcional en cualquier forma de corrupción. Si la mirada político-criminal para combatir la corrupción es la anticipación de las barreras de punición para criminalizar los actos preparatorios; en este caso, el enfoque es contrario, y ahora la mirada represiva se dirige hacia los actos consumativos y de agotamiento del objetivo del corrupto. No es permitido que se deje escapar por impunidad a aquellos empleados públicos que lograron encubrir sus actos delictivos y librarse de la fiscalización de sus actuaciones funcionariales (GARCÍA NAVARRO, 2022, pág. 1696).

d. Como tipo penal carece de descripción propia.

El delito de enriquecimiento ilícito carece de descripción propia. Como acción típica no describe conducta alguna, pues habría surgido para evitar que delitos contra la Administración Pública que cometían los funcionarios o servidores públicos queden en la impunidad por problemas de probanza. Ante la perjudicial impresión social que generaba absolver al funcionario público a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación, por no poder probar dicho delito que permitió esa acumulación (HUGO ÁLVAREZ & HUARCAYA RAMOS, 2018, pág. 458).

e. Presenta una naturaleza “subsidiaria”.

Sobre el carácter subsidiario del enriquecimiento ilícito se ha discutido mucho en la doctrina penalista, pues hay autores que reconocen su autonomía como delito y otro sector que asume su dependencia para cubrir espacios de impunidad, pues sobre este último criterio es que justifican su incriminación como delito dentro del Código Penal. Sin embargo, la jurisprudencia nacional ha emitido su pronunciamiento señalando que se trataría de un **delito subsidiario**, así, en el Recurso de Nulidad N°1194-2014-Lima, en su Fundamento Décimo, se ha puntualizado que: *“Este delito es de naturaleza subsidiaria que cubre vacíos de impunidad en casos donde existen problemas desde el punto de vista probatorio, de allí que la ratio legis de este delito tuvo una clara orientación residual”*.

En ese orden de ideas, a nivel de Corte Superior también se reconoce el carácter subsidiario del enriquecimiento ilícito, pues fue la Sala Penal Especial “A” de Lima, en la Sentencia recaída en el Expediente N°27-2002-SPE-CSJ, que ha señalado: *“Que el carácter subsidiario y abstracto del tipo penal que se examina no afecta su legitimidad, dado: a) Que se reprocha una conducta que lesiona un bien colectivo (representado en un objeto) merecedor de protección penal; b) Se parte de la existencia de una relación funcional cuya infracción trae como consecuencia el enriquecimiento: c) Se responde al interés social de evitar la impunidad, frente a una conducta lesiva merecedora de pena, a la cual no es aplicable otros tipos penales”*.

f. Se muestra como un tipo penal “de sospecha”.

El legislador concibe la figura del enriquecimiento ilícito como un “delito de sospecha”, según se desprende de la exigencia de que el incremento patrimonial sea *injustificado* (RODRÍGUEZ COLLAO & OSSANDÓN WIDOW, 2008, pág. 439). Se llega a una sospecha indeterminada cuando la norma penal no precisa como debe entenderse el origen ilícito de los ingresos económicos y opta, más bien por una imputación automática del hecho cuando resulta difícil acreditar otros delitos funcionariales en atención a la subsidiariedad atributiva del enriquecimiento ilícito (GARCÍA NAVVARRO, 2022, pág. 1698).

Sobre esto, la Corte Suprema se pronuncia en el Recurso de Nulidad N°2939-2015-Lima, e indica en su Considerando Décimo Tercero, que: *“La conversión de la no razonabilidad de la justificación del incremento patrimonial y la no circunstancia que dicho incremento se haya producido en el período en el que el procesado fue funcionario o servidor público son circunstancias periféricas que consideradas, per se, como suficientes para inferir una responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito equivaldría a convertirlo en un delito de sospecha. Ello es incompatible con un derecho penal de acto, propio de Estado Constitucional de Derecho”*.

g. Se torna un tipo penal comisivo, de resultado y de peligro concreto.

La jurisprudencia nacional reconoce su carácter comisivo y de resultado, pues en el Recurso de Nulidad 9-2001-Lima, se establece que: *“El enriquecimiento ilícito es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y acondicionado, que se consuma en la circunstancia en que exista un incremento significativo y contrastante en la medida que es producto de actividades no ajustadas a derecho en el contexto del desarrollo temporal o ultra temporal del cargo o empleo público”*.

El enriquecimiento ilícito solo puede darse por un comportamiento “comisivo” (un hacer), y no a modo de “omisión” (dejar de hacer), esto por la naturaleza de sus elementos típicos objetivos y subjetivos, pues el funcionario público a sabiendas (dolo) abusa de su cargo para incrementar su patrimonio por intermedio de la realización de otros injustos penales.

El enriquecimiento ilícito es un delito de resultado, y no porque se concrete el enriquecimiento a favor del empleado público, sino porque con el incremento patrimonial dado se genera una exposición de peligro a la objetividad funcional y la transparencia patrimonial penalmente relevante permite acreditar dicha exposición. El desequilibrio patrimonial penalmente relevante permite acreditar dicha exposición riesgo y hace del presente un delito de peligro concreto. No cabe confundir al enriquecimiento como el resultado típico, sino como el componente que sustenta la existencia de un peligro concreto al objeto jurídico de protección (GARCÍA NAVARRO, 2022, pág. 1763).

2.6. NATURALEZA JURIDICA DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Para la doctrina, el delito de Enriquecimiento Ilícito, se ha visto de dos perspectivas, en la que se impone una pena al funcionario o servidor público que incrementa su patrimonio desmedidamente haciendo un ejercicio deshonesto de su cargo. En razón a ello, para algunos autores, el injusto tiene que formarse como un incumplimiento del deber informativo patrimonial de los empleados públicos; esto debe ser informado cuando se ha incrementado el patrimonio. Así se criminaliza se criminaliza algo más que un incumplimiento funcional, un acto de desobediencia, puesto que existe un requerimiento informativo al empleador público de transparentar su patrimonio personal. (GARCÍA NAVARRO, 2022, pág. 1703)

Bajo esta premisa, la naturaleza del delito se origina de una **desobediencia funcional**, en la que el funcionario o servidor público incumple y omite en informar sobre la totalidad de su incremento patrimonial desde que ingresó al cargo, esta omisión genera en aquel persecutor del delito una presunción de la existencia del ilícito, pero a partir de allí, se presenta el obstáculo de probar dicha presunción, que surge de una desobediencia por parte del empleador público, lo que genera una serie de cuestionamiento sobre su efectividad e importancia para criminalizar dichos actos.

En ese sentido, para otro sector de la doctrina menciona que su naturaleza se reduce a un **abuso funcional**, que radica en la acción del agente y su aprovechamiento indebido del cargo, donde la carga probatoria debe estar dirigida a demostrar la ilicitud de dicho incremento patrimonial. Por lo que no solo basta con presumir la existencia del delito sino probarla y demostrarla; consecuentemente, vincular el incremento con un abuso funcional genera que el fiscal solo se centre en los ingresos económicos ilegales del agente, es decir, que el funcionario o servidor público sustente la licitud y la forma en la que incrementó su patrimonio, lo que al justificarlo, si se prueba que no carece de veracidad, se libera de una investigación penal y al mismo tiempo con dicho accionar no se vulnera sus derechos constitucionales. Bajo lo desarrollado, en líneas anteriores, la naturaleza del delito surge a partir de un enriquecimiento real que tiene su origen en el abuso funcional.

2.7. MODELOS DE ENRIQUECIMIENTO

Para el desarrollo de este punto, se ha tomado como referencias las fórmulas legales de Argentina y Colombia, así tenemos (ROJAS VARGAS, 2007, pág. 836):

a. Fórmulas en base al referente patrimonial

1. Enriquecimiento patrimonial apreciable (Argentina).
2. Incremento patrimonial no justificado (Colombia).
3. Enriquecerse ilícitamente (Perú).
4. Enriquecido su patrimonio (Puerto Rico).

b. Fórmulas en base al referente formal

1. No justificar la procedencia del enriquecimiento (Argentina).
2. Por razón de su cargo o funciones (Colombia).
3. Por razón de su cargo (Perú).
4. Con posterioridad a la asunción de su cargo, empleo o encomienda (Puerto Rico).

c. Fórmulas en base a cláusula condicional

1. Al ser debidamente requerido (Argentina).
2. Siempre que el hecho no constituya otro delito (Colombia).
3. No pueda justificar al serle requerido debidamente.

d. Fórmulas en base al destinatario

1. Enriquecimiento suyo o de persona interpuesta para disimularlo (Argentina).
2. En la misma pena incurriría la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial (Colombia).
3. Haya enriquecido su patrimonio o el de un tercero (Puerto Rico).

e. Fórmulas en base a la penalidad

1. Prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años (Argentina).
2. Prisión de 6 a 10 años, multa por el valor del enriquecimiento e interdicción de derechos y funciones por el mismo tiempo (Colombia).
3. Reclusión de 3 a 8 años (Costa Rica).
4. Pena privativa de libertad de 5 a 10 años e inhabilitación (Perú).

2.8. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

2.8.1. Redacción normativa

El delito de enriquecimiento ilícito se encuentra previsto en el artículo 401° del Código Penal, y contiene la siguiente redacción normativa:

“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 antejuicio 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”.

En enriquecimiento que sanciona la ley se materializa a través de actos sucesivos o simultáneos que originan para el sujeto activo un incremento patrimonial indebido. Como esclarece la doctrina especializada, este delito consiste en enriquecerse sin causa justa. Lo justo de un enriquecimiento es el poder explicar los orígenes de un incremento patrimonial económico, según la ley y conforme a la ética que son los dos patrones que medirán esta justicia (PRADO SALDARRIAGA, 2021, pág. 271). Así, entre los autores penalistas el enriquecimiento ilícito también es catalogado como “indebido”.

2.8.2. Delimitación del bien jurídico protegido

En la doctrina resulta un punto discutible la delimitación del bien jurídico protegido en el enriquecimiento ilícito, resulta un criterio aceptado por los autores sostener que el objeto de tutela es la “Administración Pública” y su correcto funcionamiento ante la sociedad, este criterio se sobrepone como el más aceptado por la doctrina mayoritaria. Sin embargo, la doctrina penalista también considera que el ámbito de protección de la norma penal se extiende al adecuado comportamiento del funcionario o servidor público como garante de la propia Administración Pública al conferirle el cargo público para su direccionamiento.

De similar criterio es la jurisprudencia nacional que no ha sido ajena al pronunciamiento de la delimitación del objeto protegido en el enriquecimiento ilícito, que, sin mayores problemas, en el Recurso de Nulidad N°09-2001-Lima, señala que: *“Lo que se lesiona en el delito de Enriquecimiento Ilícito es el bien jurídico penal “administración pública”, el mismo que significa: ejercicio de funciones públicas, observancia de los deberes de cargo o empleo, continuidad y desenvolvimiento normal de dicho ejercicio, prestigio y dignidad de la función, probidad y honradez de sus agentes y protección del patrimonio público”*.

Es válido afirmar, que el bien jurídico tutelado del enriquecimiento ilícito alcanza una doble manifestación, pues se cuenta con un **bien jurídico genérico** que se traduce en el recto y normar desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública; mientras que 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 (SALINAS SICCHA, 2014, pág. 621). Lo expuesto significa – conforme precisa la Casación N°277-2018-Ventanilla, en su Fundamento Segundo, que: *“(…) lo que se protege es, fundamentalmente, el fin prestacional, la objetividad y la legalidad en la Administración Pública, no tanto el patrimonio del Estado. El agente oficial tiene deberes de probidad y transparencia que delimitan sus actos como integrantes de un ordenamiento administrativo –delito especial de posición institucionalizada–; la probidad de la función pública se tutela en el contexto de toda la actividad funcional”*.

Se cree adecuado considerar, específicamente como bien jurídico u objeto de protección de este tipo penal, la *funcionalidad, regularidad e imparcialidad de la función pública*, de la misma que el funcionario o servidor tiene la condición de garante, al haberle otorgado la administración pública diversas potestades y prerrogativas; sin embargo, en vez de cumplir y responder a las expectativas sociales, el agente abusa de dichas facultades para incrementar su patrimonio, generando desconfianza y deslegitimación de la ciudadanía en la administración (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, págs. 187 y ss.)

Mientras que, un sector considera que resulta difícil determinar un bien jurídico concreto, y que, en todo caso, hay un *peligro abstracto* en relación con todos 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”, etc. (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, pág. 541). Esta postura, a nuestro entender, si bien menciona una serie de bienes jurídicos protegidos creemos que no se refiere a los tutelados por el enriquecimiento ilícito, sino más bien al de los delitos que primigeniamente han originado el incrementado del patrimonio del funcionario público, en tanto, sería un criterio erróneo reconocerle como un delito pluriofensivo, puesto que se trata de bienes jurídicos de delitos que dan origen al enriquecimiento ilícito, *v. gr.*, peculado, colusión, negociación incompatible, etc.

En esa línea, surge en la doctrina el criterio de considerar al patrimonio del Estado como uno de los bienes jurídicos específicos del enriquecimiento ilícito, sin embargo, es una postura cuestionable debido a que el detrimento patrimonial del Estado es causado por un delito primigenio, el caso del peculado por apropiación para sí, por ejemplo, el que va dar origen al incremento del patrimonio del agente, causado por la deslealtad del funcionario público como garante de su cargo (bien jurídico específico), que deviene del incorrecto funcionamiento de la Administración Pública. Entonces, el menoscabo patrimonial será la consecuencia del delito origen que produce el enriquecimiento ilícito, más no constituye su objeto de tutela.

2.8.3. Sujetos del delito

Para la manifestación de los delitos en la realidad social, es menester la participación de un sujeto activo y un sujeto pasivo, ambos resultan necesarios por cuanto conforman parte de la tipicidad objetiva del tipo penal; el primero, será sujeto activo quien realiza la acción típica descrita en el tipo legal y por consiguiente lesiona el bien jurídico tutelado por la norma penal; mientras que, el segundo, es sujeto pasivo aquel que resulta afectado por el delito producto del comportamiento del sujeto activo, en la doctrina, el sujeto pasivo es también denominado como “ofendido”.

En lo que concierne al enriquecimiento ilícito, se trata de un **delito especial propio** donde la acción típica solo puede ser realizada por determinados individuos, es decir, el tipo penal restringe el círculo de autores a sujetos que gocen de alguna condición especial, esto es, **sujeto activo** es necesariamente funcionario o servidor público, en cualquiera de las manifestaciones que prevé el artículo 425° del Código Penal, en función a ello es que en la doctrina también se denomina como un “delito funcional”. Sumado a ello, su carácter especial propio permite afirmar que se trata, además, de un **delito de infracción de deber** en razón a que el funcionario público quebranta los deberes funcionales del cargo que le es impuesto por el ordenamiento jurídico, por lo que autor de enriquecimiento ilícito no puede cualquier persona (particular) sino aquellos empleados públicos.

A dicha persona se le etiqueta el calificativo de **funcionario enriquecido** o empleado crematístico, puesto que el reproche penal recae en cuanto logra concretar su interés lucrativo en el ejercicio funcional (GARCÍA NAVARRO, 2022, pág. 1733), vale decir, que el incremento de su patrimonio económico surge a costa del cargo que ostenta que por mandato popular le es conferido.

Por otro lado, asume la posición de **sujeto pasivo** el Estado como titular del bien jurídico protegido: “Administración Pública”, y en específico son las instituciones públicas que confieren el cargo al empleado público, y que a costa de sus arcas se enriquecen ilícitamente. Teniendo esta postura restringida – y aceptada por la doctrina mayoritaria – no resulta posible calificar como ofendido a un particular.

2.8.4. Comportamiento típico y verbo rector

2.8.4.1. Verbo rector del tipo penal

Indiscutiblemente se dice que la conducta típica tiene como núcleo central el verbo rector de “incrementar”, término utilizado por el artículo 401° del Código Penal, que importa una noción de aumento y acrecentamiento, que se refiere al patrimonio del agente público que ilícitamente creció por abuso de su cargo. La doctrina, suele utilizar indistintamente el término “enriquecer” para identificar el verbo rector “incrementar” previsto en el tipo penal, criterio que compartimos.

El término “enriquecimiento” significa el incremento real del patrimonio económico (incluye muebles, inmuebles, derechos, etc., incluso gastos excesivos) que el funcionario no puede explicar. Entonces, dos son los elementos básicos de este delito: la constatación de un “enriquecimiento real” del funcionario, y la “falta de justificación” sobre el origen ilícito de dicho enriquecimiento (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, pág. 545). En realidad, “incrementar” significa *incorporar* bienes, derechos o activos al patrimonio personal, familiar o de un tercero que actúa como persona interpuesta, o de extinguir o disminuir los pasivos (cargas, gravámenes, deudas, etc.), que integran el patrimonio (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, pág. 229).

Este criterio también es manejado por la jurisprudencia nacional, pues en el Recurso de Nulidad N°2939-2015-Lima, en su Fundamento Octavo se señala que: *“El verbo rector es el de “enriquecer” o “incrementar” el patrimonio. En el sentido usual del lenguaje significa hacer rica a una persona o prosperar notablemente. Como verbo reflexivo el “enriquecer” significa hacerse rico uno mismo. En tanto que el enriquecimiento es la acción y efecto de enriquecerse. En el contexto del tipo penal, objeto del presente proceso, el enriquecimiento vendría hacer la acción y efecto de enriquecer el propio patrimonio, dado que se trata de una acción en beneficio propio – enriquecerse uno mismo –”*. Se debe resaltar, como bien señala la misma jurisprudencia en su Fundamento Décimo Sexto, que: *“El incremento ha de ser, en todo caso, ilícito; esto es, su origen ha de ser constituido por actos no ajustados a derechos según los deberes del funcionario – el mal uso del cargo público de causar el enriquecimiento”*.

2.8.4.2. Acción típica del delito

El contenido de la acción típica es controvertido. Por un lado, se considera que la disposición penal requiere la omisión de justificar un enriquecimiento apreciable por parte del funcionario. Es decir, el verbo típico es el de no justificar. Desde otro sector, se dice que la acción típica consistiría en enriquecerse ilegítimamente con los fondos públicos prevaleciéndose del cargo (DONNA, 2001, pág. 394). Y otros asumen la posición que el enriquecimiento ilícito importa un delito que carece de acción típica teniendo en cuenta el carácter subsidiario del tipo penal, pues en realidad la conducta típica deviene del delito primigenio que produce el incremento patrimonial del funcionario.

Sin embargo, si atendemos a la letra que señala el artículo 401° del Código Penal, podemos determinar que la conducta típica consiste en “incrementar ilícitamente el patrimonio” del funcionario público, teniéndose como verbo rector únicamente al acto de “incrementar”, que se complementa con otros presupuestos que el mismo tipo penal taxativamente lo prevé, así como algunos aspectos que, si bien la norma no señala, es la doctrina penalista que lo destaca. En ese sentido, el enriquecimiento ilícito en el Código Penal peruano se compone de los siguientes elementos materiales, a saber:

a. Abuso de su cargo

Se entiende por abuso de cargo aquella situación que se produce cuando el sujeto público hace mal uso del cargo que la administración pública le ha conferido con la finalidad de obtener beneficio patrimonial indebido. Hay abuso de cargo cuando el sujeto público ejerce su función fuera de los casos establecidos por la Constitución, la ley, los reglamentos o directivas de la institución pública o sin la observancia de la forma prescrita, incluso cuando el funcionario hace uso de un poder de su competencia en la forma debida, pero para conseguir un fin ilícito en su propio beneficio o de terceros (SALINAS SICCHA, 2014, pág. 616).

Sobre este elemento material, la doctrina es pacífica en reconocer el nexo de causalidad que debe existir entre el cargo público y el funcionario como garante del Estado, pues en el enriquecimiento ilícito el incremento patrimonial del empleado público es generado por el abuso funcional del cargo conferido a su agente que le permite acrecer ilícitamente su patrimonio económico a costa del incorrecto funcionamiento de la Administración Pública que causa detrimento patrimonial a sus entidades estatales, y es justo esta pérdida que se dirige a las arcas del funcionario público. Entonces, importa *conditio sine qua non* la relación funcional entre el empleado y el cargo público para que se continúe con la concurrencia de los demás elementos materiales que exige el tipo penal para su configuración.

El vínculo funcional comprende así un amplio abanico de fuentes generadoras de riqueza ilícita en el marco de prevalimiento manifiesto. Si excluimos el prevalimiento, el tipo penal pierde fuerza relevante, porque no es lo mismo que un funcionario público o servidor se enriquezca a que se enriquezca en razón de su cargo (ROJAS VARGAS, 2007, pág. 866). Siendo así, podemos afirmar que el incremento patrimonial ilícito tiene como base de comisión el cargo público que ostenta el sujeto activo.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que el funcionario o servidor público puede incrementar su patrimonio de diversas maneras y obviamente no todas son ilícitas o delictivas. Así, puede realizarse: a) a través de ahorros provenientes de su sueldo y emolumentos percibidos; b) a través de la realización de actividades económicas lícitas que legalmente no esté prohibido realizar; c) a través del incremento de su propio capital o ingresos por cualquier causa lícita, como la percepción de los frutos naturales, civiles, comerciales o bursátiles de sus bienes lícitos; y, d) a través de herencias o legados *mortis causa*; en cuyo caso el incremento patrimonial es lícito y auspiciado, y reconocido por el ordenamiento jurídico. Asimismo, también puede incrementar su patrimonio a través de la comisión de delitos comunes u otros especiales en el que no se vale ni abusa de las facultades y atribuciones que le concede el cargo; en cuyo caso, aun cuando el incremento patrimonial tiene contenido delictivo, no es configurativo del delito materia de estudio (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, pág. 242).

Lo que el delito de enriquecimiento ilícito exige es el incremento patrimonial del funcionario público se produzca por el abuso de su cargo, ello resulta una condición de exigibilidad para su configuración como delito especial propio y de infracción de deber, donde el agente valiéndose de su condición especial quebranta los deberes legales del cargo que le es impuesto por el ordenamiento jurídico para su correcto direccionamiento y administración; por ello, la ilicitud del incremento patrimonial se fundamenta en el abuso del cargo.

Al respecto, resulta pertinente citar el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal realizado en Lima entre el 20 y 21 de junio del 2008, donde las Cortes Superiores del Perú se plantearon la siguiente interrogante en relación al **Tema II: Enriquecimiento ilícito**, a saber: **¿Para la determinación del tipo penal de enriquecimiento ilícito es necesaria la existencia de una relación causal entre el enriquecimiento y la posesión funcional del funcionario público?** Que, a la interrogante formulada se ha tenido el manejo de las siguientes posturas:

Ponencia 1: Si es necesario la determinación de una relación causal entre el resultado (enriquecimiento), toda vez que, por la naturaleza del ilícito, el funcionario debe haber hecho uso de su cargo para incrementar su patrimonio ilícitamente. **Ponencia 2:** No es necesario la determinación de una relación causal entre el resultado (enriquecimiento) y el cargo desempeñado por el funcionario público bastando con establecer la condición de funcionario en el período de enriquecimiento. Siendo predominante por mayoría, dentro del Pleno, el acuerdo de la **Ponencia N°01**.

El incremento ilícito del patrimonio se origina por abuso del cargo realizado por el funcionario (relación funcional), en tal sentido, su enriquecimiento debe ser en el tiempo que dure el desempeño de su gestión pública, no siendo pasible la comisión del delito antes o después de ejercido el mandato popular, que para efectos de consumación debe tratarse de un incremento significativo en el patrimonio del agente, tomando en cuenta el momento de asunción del cargo hasta su término en el tiempo; generalmente, en la realidad el delito es detectado cuando concluye el cargo del funcionario puesto que es apreciable el incremento de su patrimonio.

b. Incremento ilícito del patrimonio respecto de los ingresos legítimos

El incremento debe manifestarse objetivamente cuando se verifica una marcada diferencia con sus ingresos legítimos normales que tiene aquel por el cargo de funcionario o servidor público. Es decir, el incremento debe ser notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de todos sus ingresos diarios, semanales, mensuales o anuales. Por ejemplo, estaremos ante este elemento objetivo cuando el sujeto público que no desarrolla otra actividad declarada, en un año ha incrementado su patrimonio en 50,000 cuando sus ingresos por todo concepto en ese año, fue de 30,000. El incremento es evidente incluso sin considerar los gastos personales o familiares que debió efectuar los 30,000 (SALINAS SICCHA, 2014, págs. 619).

El dispendio exagerado de dinero, la ostentación de bienes y los signos de prosperidad real que contrasten con sus ingresos oficiales o con su riqueza inicial, o las súbditas o progresivas pero irregulares procesos de cancelación de deudas apreciables de dinero, serán todos indicios a tomar en cuenta por el juzgador para evaluar los niveles de pertinencia y subsunción del incremento económico en los requerimientos de la objetividad del injusto penal de enriquecimiento ilícito (ROJAS VARGAS, 2007, pág. 858), esos indicios apreciables deben ser comparados a ver si guarda relación con los ingresos legítimos del funcionario, si tales ostentaciones se adecuan a lo percibido durante el desempeño del cargo, el tipo penal no encuentra configuración.

Ello significa que se deben tener en cuenta dos momentos: en el primero, el nivel o magnitud del patrimonio o rentas del funcionario al asumir el cargo, para lo cual se presentará la respectiva declaración jurada de bienes y rentas (el no presentar la declaración jurada, además de configurar una infracción o falta disciplinario, puede configurar un indicio incriminatorio en contra del funcionario); y el segundo, el momento en el cual se evalúa el incremento patrimonio presuntamente ilícito del funcionario; en tal sentido, será necesaria la realización de una pericia contable respecto al patrimonio del funcionario *ex ante* y *ex post* (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, pág. 251 y ss.)

c. Incremento ilícito del gasto económico personal

Los gastos normales que efectúa el sujeto público de un momento a otros se incrementan de modo relevante y notorio. Este incremento se manifiesta cuando se verifica marcada diferencia con los ingresos legítimos que tiene aquel por el cargo de funcionario o servidor público. Por ejemplo, estaremos ante este elemento objetivo cuando el sujeto público que no desarrolla otra actividad declarada en un año tiene como ingresos por todo concepto 50,000, sin embargo, en ese mismo período se verifica que ha tenido como gastos personales, la suma de 80,000. El incremento es evidente incluso considerando que utilizó todos sus ingresos en gastos personales o familiares. En el ejemplo, tendría un incremento de 30,000 (SALINAS SICCHA, 2014, págs. 620).

En la práctica, tanto el incremento del patrimonio como el incremento del gasto económico personal del sujeto público, se pondrá en evidencia con las pericias contables o valorativas que el operador jurídico responsables del caso concreto, disponga realizar. No hay otra forma de poner en evidencia tales incrementos (SALINAS SICCHA, 2014, págs. 621). La prueba ofrecida debe versar sobre la procedencia del enriquecimiento. Debe dirigirse a la demostración de que el incremento patrimonial incurrido luego de la asunción del cargo obedece a otras razones, es decir que no está vinculado a su condición de empleado o funcionario (DONNA, 2001, pág. 403). En esa línea, como se dijo anteriormente, será las ostentaciones exageradas claros indicios que el funcionario público probablemente haya incurrido en enriquecimiento ilícito durante su gestión pública.

El material probatorio actuado durante el proceso debe poner en evidencia situaciones de asimetría, desproporciones o sencillamente contrastes notables entre la masa de bienes y valores económicos detentados por el agente público durante o después de su acceso al cargo público en relación a los detentados o tenidos antes del ingreso al mismo, que no pueden ser explicados o justificados técnicamente o mediante criterios de estimación valorativa con el total de ingresos lícitos del funcionario o servidor una vez practicadas las deducciones del caso y realizadas las comparaciones estadísticas (ROJAS VARGAS, 2007, pág. 857).

d. Presunción de enriquecimiento ilícito

Esta presunción de enriquecimiento ilícito se encuentra estipulada en el tercer párrafo como una circunstancia agravante, viéndose una deficiente técnica legislativa al considerar como supuesto agravado un hecho al que la norma penal no le establece penalidad, en tanto, se trata de un cuestión de índole procesal en relación a la prueba indiciaria basada en la declaración jurada de bienes y rentas del funcionario o servidor público, que, por ende, será desarrollado como tal; siendo así, el tercer párrafo del artículo 401° de la norma penal establece:

“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”.

Esta estipulación no configura un elemento del tipo penal o una estipulación con incidencia sustantiva en el tipo; únicamente constituye una presunción de enriquecimiento que significa una situación procesal que puede dar inicio a la investigación por este delito y, de algún modo, impone al imputado el deber de aportar información para desvirtuar la imputación, siempre que, conforme a su estrategia de investigación, no le resulta perjudicial (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, pág. 253).

Este indicio de enriquecimiento debe provenir, como indica el mismo tipo penal, de la declaración jurada de bienes y renta del funcionario público, bastando tal evidencia para aperturar el proceso penal por el delito en examen, sin embargo, no resultará suficiente los indicios para sustentar una acusación fiscal y menos una sentencia condenatoria, pues para ello se requiere medios de prueba que vayan más allá de toda duda razonable para presumir la culpabilidad del funcionario enriquecido; implícitamente la norma penal regula una noticia criminal que resulta evidente cuando lo declarado por el agente es **notoriamente** superior a lo que hubiera percibido con su sueldo o por otro causa lícita.

Ahora bien, en el contexto de la doctrina se suele desarrollar otros presupuestos materiales que si bien no están contemplados en el artículo 401° del Código Penal, sin embargo, se encuentran vinculados al comportamiento típico que importa la comisión del enriquecimiento ilícito, estos elementos objetivos a tomarse en cuenta son los siguientes:

e. El Requerimiento (justificación patrimonial)

Se trata, más que de un elemento material del tipo penal, de una cuestión formal propio del procedimiento de investigación que comprende la exigencia o necesidad de que el funcionario público justifique el incremento de su patrimonio, claro está, que se haya producido en el tiempo en que desempeñaba su gestión pública a causa del cargo conferido por el Estado.

Como bien se dijo anteriormente, el tipo peruano no precisa que algún funcionario exija al imputado la justificación de su incremento patrimonial. Aunque el tipo penal no exige expresamente un “requerimiento legal” al funcionario para que explique de qué fuente lícita proviene el incremento de su patrimonio, a pesar de ello, por la naturaleza del delito, durante el proceso investigatorio el funcionario tendrá que hacer una declaración sobre ello (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, pág. 554).

Este “requerimiento”, no es otra cosa que el acto emanado de autoridad pública por el cual se intima con fuerza de ley al funcionario o ex funcionario, haciéndole saber de la constatación de un incremento apreciable de su patrimonio o del de persona impuesta para disimularlo, producido durante el desempeño de la función, y tiene por objeto la justificación con razones o argumentos convincentes de que su procedencia reconoce un origen legítimo (DONNA, 2001, pág. 400).

La omisión de justificar es típica si ha mediado un debido requerimiento para que se justifique el enriquecimiento; tiene que ser un requerimiento específico; no lo es reclamar una declaración total del patrimonio, sino la prueba de la procedencia de lo indicado como enriquecimiento; este requerimiento puede formularse mientras el funcionario ocupa cargos públicos en cualquier momento posterior al de haber cesado en la función (CREUS, 1998, pág. 313).

2.8.5. Tipo subjetivo del injusto: el dolo como elemento del tipo

En el delito de Enriquecimiento Ilícito no se debe castigar por la simple existencia de un incremento patrimonial que no ha sido justificado por el funcionario público. En ese sentido, en cuanto a la tipicidad subjetiva tiene que existir dolo por parte del agente de elevar su acervo patrimonial de modo asimétrico con conocimiento y voluntad, es decir, comparado al patrimonio que mantenía el sujeto antes de ocupar el cargo, al patrimonio que incrementó mientras se permaneció en el puesto; en ese sentido, no cabe la posibilidad de una comisión por culpa.

El dolo abarca el objeto de conocimiento del carácter reservado de la información o del dato, o información privilegiada, el carácter reservado del objeto, así como la utilización abusiva de la situación cognitiva (DONNA, 2001, pág. 374) Es así que en el Enriquecimiento Ilícito supone voluntad de enriquecerse ilícitamente, así como el conocimiento por parte del sujeto público de la tipicidad de sus actos de aprovechamiento que hace de su ejercicio funcional o del prevalimiento de su calidad funcional y del enriquecimiento que está logrando por vías de ilicitud (VARGAS ROJAS, 2007, pág. 866)

Por otra parte, solo se admite el dolo directo mas no por dolo eventual; para un sector mayoritario de la doctrina, consideran que no existe argumento alguno con la que se pueda desvincular la responsabilidad del agente con calidad funcional hacia un dolo eventual, en razón a que el funcionario y/o servidor público siempre va tener conocimiento de la licitud e ilicitud de sus acciones cuando se encuentra inmerso en un cargo público. Así lo explica Salinas Siccha; el agente sabe y conoce en forma directa que los actos ilícitos que realiza abusando de su cargo incrementarán su patrimonio o en su caso, su gasto económico personal. El abuso del cargo origina fuentes de enriquecimiento ilícito (SALINAS SICCHA, 2014, pág. 627)

El funcionario o servidor público tiene total conocimiento de la remuneración total que recibirá por la prestación de sus servicios, dicha remuneración mensual proviene de las arcas del Estado, sin embargo, pese a que conoce de ello, ejecuta acciones ilegales con las que podrá incrementar su patrimonio, aprovechándose del cargo que ocupa en la administración pública.

De igual importancia es desarrollar sobre el Error de Tipo o el Error de lo lícito o ilícito para el funcionario o servidor público, por ejemplo; se da el caso del funcionario que considera que no es ilícito recibir una “dádiva o un regalo” por haber contribuido agilizando los trámites administrativos de una tercera persona, en la que dicho regalo contribuye al aumento del patrimonio del agente. Ante ello, se debe precisar que el Enriquecimiento Ilícito al ser un delito doloso, ante la posible existencia de un error de tipo invencible se concluirá en una atipicidad por falta de responsabilidad objetiva y; en todo caso, si el error es vencible solo existirá la posibilidad de atenuar la pena.

A partir de lo mencionado en el supuesto planteado, en el desarrollo de las actividades cotidianas, el aspecto cognitivo de un funcionario o servidor público para recaer en un Error de Tipo, resulta poco probable, ya que no es creíble que un empleado público, desconozca el origen ilícito de su incremento patrimonial, en razón a que todos los trabajadores del estado, tienen conocimiento cuales son los parámetros de sus funciones y que acciones se desarrollan en el marco de la licitud, más aún si este sujeto ocupa cargos altos en la función pública, se entiende que es una persona con la capacidad, entrenamiento y experiencia que el cargo lo requiere para ejercerlo.

Si se presenta una situación contraria, y el agente no se encuentra preparado para ocupar el cargo y aun así lo hace, no podría alegar un desconocimiento de la prohibición penal, porque para que el hecho se subsuma dentro del presente delito, se requiere que esta persona sea consciente de dos aspectos: que depende del estado y que presta un servicio público; en razón a ello, no es necesario que éste conozca todos los aspectos jurídicos relacionados a su función o cargo, sino basta que tenga criterio para conducir su función pública bajo el deber de actuar con rectitud y honradez, desechando toda conducta dirigida a un provecho y ventaja personal o patrimonial.

Cabe precisar, para un sector de la doctrina dentro de la tipicidad subjetiva, no cabe la exigencia del *animus lucrandi* para la configuración del Enriquecimiento Ilícito. El ánimo de lucro consiste en la aspiración del sujeto de ver incrementado su patrimonio, sea mediante aumento del activo o disminución del pasivo (DONNA, 2001, pág. 378).

No negamos, que de seguro esa será la motivación que guía el proceder conductivo del agente, empero, dicho factor subjetivo no se encuentra comprendido en la estructura típica del delito de Enriquecimiento Ilícito (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, pág. 765). Para contextualizar dicha idea, planteamos el siguiente ejemplo: un funcionario público que incrementa su patrimonio con la única intención de entregar todo aquello que obtuvo a un sector de la población que vive en extrema pobreza o entregar dinero a personas enfermas de algún hospital que no puedan solventarse intervenciones quirúrgicas urgentes. Tal acción no tiene un ánimo de lucro, si a este elemento se le incluye dentro del tipo subjetivo se exoneraría de responsabilidad al funcionario público.

Al respecto, consideramos, que si bien el elemento subjetivo del ilícito simplemente es la conducta dolosa del sujeto activo; dentro de la práctica, el sujeto que se desenvuelve en la administración pública, siempre realiza actos ilícitos para incrementar su patrimonio – se afirma al respecto que; al simple querer enriquecerse por actos ilícitos le es connatural el ánimo de lucro, aunque no se lo mencione expresamente, el mismo que se evidencia con la sola voluntad de asumir la titularidad de los bienes y derechos que corresponden al incremento patrimonial (SALINAS SICCHA, 2014, pág. 628).

Sobre el particular, nuestra postura es que; el dolo y *animus lucrandi* siempre estarán vinculados en el delito de enriquecimiento ilícito, en la que no se necesita que la aspiración patrimonial sea grande, con que esté referido a algo medible desde el punto de vista económico, sin que necesariamente deba ser dinero ya se desarrolla el ánimo de lucro, tampoco interesa la magnitud del provecho económico buscado que aun siendo escaso bastará para que se configure el tipo subjetivo del injusto.

2.8.6. Grados de desarrollo del delito: consumación, tentativa y agotamiento

Es un delito de comisión activa y de resultado que se perfecciona con el real incremento significativo y contrastante del patrimonio del sujeto público, por medio de fuentes funcionales o no funcionales, no conforme a derecho (por ello ilícitas) en un contexto de vinculación por el ejercicio del cargo público durante un período temporal definido (SALINAS SICCHA, 2014, pág. 627). El centro de gravedad delictiva recae en la comprobada desproporción económica de origen ilícito poseída por el sujeto público, o en la cancelación-disminución ostensible de pasivos, vinculados ambos a su condición de funcionario o servidor público que los explica y da sentido penalmente relevante (ROJAS VARGAS, 2007, pág. 867). El incremento patrimonial se materializa cuando el agente incorpora a su “patrimonio” el de un familiar o de una persona interpuesta cualquier bien o activo (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, pág. 271).

El enriquecimiento ilícito constituye un delito comisivo y de resultado debido a que la acción típica consiste en incrementar ilícitamente el patrimonio del funcionario público – tal como se explicó líneas arriba –, en tal sentido, ese aumento patrimonial debe real, verdadero y comprobable por el Ministerio Público, es decir, que en la realidad el sujeto activo haya logrado el efectivo acrecimiento de su patrimonio como resultado de diversos actos ilícitos independientemente si se tratara de delitos comunes o especiales (propios de la función). Para ese incremento real y verdadero, no resulta suficiente el indicio del gasto económico personal del funcionario público cuando es notoriamente superior, sino que se requiere prueba fehaciente de carácter contable, tributario, financiero y económico, que determine la existencia del aumento patrimonial del sujeto activo para la configuración.

Para entender el momento consumativo del enriquecimiento ilícito es necesario partir de un criterio teleológico, en el caso del artículo 401° del CP, el núcleo de la acción típica consiste en “...*incrementar ilícitamente el patrimonio* ...”, ello implica necesariamente su materialización en la realidad para decir que es el resultado del abuso del cargo. Siendo así, en este delito es admisible la tentativa.

Al respecto, la jurisprudencia nacional ha emitido pronunciamiento a través del Recurso de Nulidad N°2939-2015-Lima, en cuyo Fundamento Décimo Séptimo, se describe que: *“El momento consumativo de este delito es cuando el funcionario o servidor público, en el ejercicio de sus funciones frente a la entidad pública, se enriquece ilícitamente. En efecto, para que el delito se encuentre consumado, es necesario que el contenido injusto de la normal prohibitiva se haya realizado plenamente en la forma en que se concretó la prohibición en el tipo penal; esto es, que el sujeto activo haya realizado algo – una conducta abusiva concreta – que haya realizado el tipo penal y que, además se dé el resultado propio al correspondiente delito o injusto. Es por eso que es un delito de resultado, pues el momento consumativo coincide con el de la producción de una modificación material de la realidad – el enriquecimiento –”*.

Es un delito instantáneo, se consuma en el momento en que el agente público en forma real incrementa su patrimonio y ello puede producirse en períodos cortos o largos, en una actividad lícita o en varias, etc. Lo importante es dejar establecido que el delito se consuma en el tiempo que el sujeto público realiza la actividad ilícita que origina el incremento desmedido del patrimonio (SALINAS SICCHA, 2014, págs. 628); no podría decirse que se trata de un delito permanente puesto que su materialización no se fundamenta en el límite temporal del cargo del sujeto activo.

Toda actividad económica posterior forma parte de la etapa de agotamiento del delito. Si se advierte los fondos delictivos, se utiliza para la adquisición de bienes, se procede a su conversión u ocultamiento o simplemente se transfiere a un tercero, son actuaciones que no modifican la configuración del presente delito, sino que finiquita el interés patrimonial del sujeto activo (GARCÍA NAVARRO, 2022, pág. 1770). Si recién se obtiene los fondos delictivos o se procede a su traslado o extracción, no se da inicio todavía a los actos ejecutivos, encontrándonos todavía en una **etapa preparatoria**. Importa siempre verificar que el objeto material ha ingreso a la esfera de dominio patrimonial del sujeto activo que se dé la situación económica inestable penalmente que genera el peligro real al objeto jurídico de protección (GARCÍA NAVARRO, 2022, pág. 1767).

2.8.7. Circunstancias agravantes: por la condición del agente

La estructura normativa del artículo 401° del Código Penal, se encuentra compuesta por tres párrafos: el **primero**, como tipo base regula los elementos objetivos de la acción típica, esto es: i) la condición de funcionario o servidor público; ii) el abuso de cargo (relación funcional); y, iii) el incremento ilícito de su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos; el **segundo**, plasma la circunstancia agravante que se sustenta en la condición del agente; finalmente, el **tercero**, que prevé la presunción del enriquecimiento ilícito por medio de un indicio.

De estos párrafos, constituye circunstancia agravante únicamente el segundo párrafo, esto porque el tercero no puede ser considerado como tal debido a que no establece el incremento de una penalidad teniendo como referencia el *quantum* establecido en el tipo base, de lo que trataría es de un asunto de carácter procesal relacionado a la presunción del enriquecimiento ilícito que se de en base a indicios sobre la declaración jurada de bienes y rentas del funcionario público, por lo que solo merece atención como circunstancia agravante el segundo párrafo que a continuación será desarrollado:

En tal sentido, el segundo párrafo como circunstancia agravante, señala *ad litteram*: “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 antejuicio 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”.

La modalidad agravada del enriquecimiento ilícito se fundamenta en el grado de importancia que tienen las funciones públicas abusadas que se ve sometido al aprovechamiento ejercido de sus responsables administrativos (funcionarios de decisión) para conseguir el enriquecimiento. Se tipifica un **delito de infracción de deber impropio** cuya agravación se fundamenta en el alto nivel de importancia de actos de función aprovechados para el enriquecimiento (GARCÍA NAVARRO, 2022, pág. 1773).

El segundo párrafo del artículo 401° del Código Penal, establece dos supuestos de agravación cuando se trate de: a) funcionario de alta dirección en las entidades, organismo o empresas del Estado; y, b) funcionarios públicos con prerrogativas de antejuicio y acusación constitucional; que como ya se dijo anteriormente, se fundamenta en la condición del sujeto activo motivando el incremento de la penalidad, pues esta prevé la imposición de una pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años. A continuación, pasamos a desarrollar cada supuesto agravado, a saber:

a. Funcionarios de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado

Mediante esta circunstancia el legislador se ha dirigido a un sector reducido y privilegiado de funcionarios público que concentran poder burocrático, funcional y político y deciden en las altas esferas de la administración pública, y por lo mismo se hallan en posiciones de mayor vulneración del bien jurídico específico (ROJAS VARGAS, 2007, pág. 8733). Es por ello, que el tipo penal en el segundo, señala la frase “funcionario público” y destierra en esta parte la frase “servidor público”, en la medida que solo el funcionario público es quien tiene aquellas facultades y funciones de alta dirección y gestión en una determinada administración pública (REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2017, pág. 1068).

La agravante en cuestión solo considera a los funcionarios de la más alta jerarquía, es decir, solo a los que ocupan o han ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, cuya determinación específica estará contenida en las respectivas leyes o reglamentos que rigen a dicha entidad u organismo; normalmente, son los miembros de directorios, gerentes generales o centrales, miembros de los consejos directivos o ejecutivos de los organismos, así como asesores de la más alta jerarquía; ello estará precisado en la respectiva norma que rige a la entidad u organismo (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, pág. 264); no podemos dejar de mencionar que funcionarios públicos también lo constituyen los presidentes regionales, alcaldes distritales, gerentes generales de la entidades dedicadas a brindar el servicio público, etc.

Sobre el particular, la jurisprudencia nacional no ha sido ajena al pronunciamiento de esta agravante, pues en la Sentencia recaída en el Expediente N°00008-2014-19-5001-JR-PE-01, en cuyo Considerando 4.6. se señala que: *“El elemento valorativo “alta dirección” se predica de aquellos funcionarios públicos que detentan los cargos de mayor relevancia dentro de una entidad, y que, por ende, tienen autoridad para planificar, dirigir y controlar sus actividades, ya sea directa o indirectamente, en función de los objetivos institucionales. En ese orden de ideas, una lectura integral de una serie de normas extrapenales nos permite concluir que el cargo de alcalde distrital si corresponde al elemento normativo alta dirección”*.

El fundamento de la mayor penalidad reside, por un lado, en que la sociedad y el Estado han puesto a disposición y bajo la responsabilidad de estos a sectores importantes de la Administración, por lo que tienen o tenían la posición de garante de los mismos y en lugar de proteger su indemnidad, han hecho precisamente lo contrario, abusando del cargo para enriquecerse; todo lo cual significa la infracción de deberes y competencias institucionales de la más alta envergadura y responsabilidad, que obviamente determinan un mayor reproche penal. De otro lado, la imputación agravada también se sustenta en las facilidades con las que contaría el funcionario para favorecer el delito o garantizar la impunidad desde el cargo o la función que desempeña, dadas las altas facultades y prerrogativas de las cuales es portador (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, pág. 264).

En suma, si el delito de enriquecimiento ilícito por sí constituye un delito especial propio que restringe el círculo de autores que pueden realizar la conducta típica que regula el artículo 401° del Código Penal, esto es, el incremento ilícito patrimonial de enriquecimiento, en la circunstancia agravante prevista en el segundo párrafo del mismo articulado, la comisión del delito por parte de sus autores es aún más cerrada, pues no hace referencia a cualquier funcionario público ya que el tipo penal es claro cuando emplea el término “alta dirección”, apartándose incluso de su incorporación a los servidores públicos, en tal sentido, no podrá imputarse enriquecimiento ilícito agravado, por ejemplo, al personal del área de recursos humanos de alguna municipalidad.

b. Funcionarios públicos con prerrogativas de antejuicio y acusación constitucional

b.1. El antejuicio constitucional

El artículo 99° de la Carta Magna identifica aquellos funcionarios públicos que gozan de la prerrogativa del antejuicio constitucional, siendo estos: i) Presidente de la República; ii) Representante del Congreso; iii) Ministros de Estados; iv) Miembros del Tribunal Constitucional; v) Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; vi) Vocales de la Corte Suprema; vii) Fiscales Supremos; viii) Defensor del Pueblo; y, ix) Contralor General de la República. Del mismo modo, la Comisión Permanente del Congreso es el órgano competente para formular tales acusaciones siempre que concurren: a) infracción de la Constitución; y, b) por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Conforme lo explica el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N°0006-2003-AI, donde señala que: *“El antejuicio político constituye una prerrogativa o privilegio de altos funcionarios, citados en el artículo 99° de la Constitución, que consiste en que no pueden ser procesados válidamente por la jurisdicción penal ordinaria por la comisión de un delito, si antes no han sido sometidos a un procedimiento político jurisdiccional ante el Congreso de la República en el que se haya determinado la verosimilitud de los hechos materia de acusación y que estos se subsumen en uno o más tipos penales de orden funcional. Sobre esta base, se concluye que es el Congreso el órgano constitucional encargado de dejar sin efecto el privilegio del alto funcionario y de ponerlo en disposición de la jurisdicción penal ordinaria mediante una resolución acusatoria, acto a partir del cual se puede formalizar denuncia penal. Asimismo, este Tribunal ha precisado que, si bien es cierto que el Ministerio Público es el titular de la acción penal y defensor de la legalidad, también es verdad que en virtud a estas facultades otorgadas no puede arrogarse un ejercicio arbitrario de ella. Es decir, el Ministerio Público no puede promover una investigación a propósito de la supuesta comisión delictiva por parte de un alto funcionario si este previamente no ha sido objeto de una acusación constitucional en el Congreso. De lo contrario, todos los actos llevados a cabo en sede jurisdiccional ordinaria adolecen de nulidad”.*

Siguiendo el pensamiento del Máximo Intérprete de la Constitución, se puede afirmar que las atribuciones del Ministerio Público como titular de la acción penal se encuentran limitadas por la propia ley, esto es el caso del antejuicio político, donde su actuación y participación como persecutor del delito ante la comisión de un delito – funcional – se deberá activar luego del procesamiento jurídico-político al funcionario público ante el Poder Legislativo, constituyéndose *conditio sine qua non* para la investigación fiscal y juzgamiento ante la Corte Suprema. Este razonamiento encuentra fundamento en el literal 1) del artículo 159° de la Carta Magna donde se establece que: “*Corresponde al Ministerio Público: 1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho*”, claramente, el antejuicio se subsume en el supuesto de promover acción judicial a pedido de parte siendo el Congreso el solicitante previo procesamiento en sede parlamentaria.

Ahora bien, se dice que el antejuicio es constitucional y político; es **constitucional** porque se realiza estrictamente bajo los cánones o mandatos propios de los procedimientos constitucionales y en aplicación de la Constitución y reglamento del Congreso de la República y no directamente bajo las normas penales en general; y **político** porque la decisión es tomada bajo un criterio de votación en el Pleno del Congreso por las diferentes fuerzas políticas integrantes del Órgano Legislativo y no con un criterio técnico-jurídico (aun cuando se debe buscar en lo posible la orientación técnico-jurídica) (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, pág. 265).

El antejuicio tiene una vigencia de cinco (05) años que son contados desde que el funcionario público cesa de su cargo, y como expresa el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N°00030-2010-PHC: “(...). *Este límite temporal implica que transcurrido dicho plazo, la prerrogativa del antejuicio se extingue, cesando la prohibición de no ser denunciados ni sometidos a proceso penal directamente sin que previamente se le haya sometido a un procedimiento ante el Congreso*”.

b.2. La acusación constitucional

La acusación constitucional se entiende como un mecanismo procesal de control político destinado a promover, de un lado, la defensa y eficacia de las normas e instituciones previstas en la Constitución, contra el abuso de poder en que pudiesen incurrir los altos funcionarios públicos; y del otro, la intervención del Órgano Judicial – a través de la Corte Suprema – en la investigación, juzgamiento y eventual penalización de determinadas altas autoridades o ex autoridades estatales, cuando pesaren sobre ellas denuncias con razonabilidad jurídica de perpetración de un ilícito penal cometido en el desempeño de la función pública (GARCÍA TOMA, 2011, pág. 249).

Su naturaleza de la acusación constitucional se sustenta en que es una competencia que proviene de la Constitución, la misma que establece un procedimiento distinto y da la potestad a un ente distinto de los tribunales, para que conozca, mediante un procedimiento regulado por ley, la acusación constitucional (LOZANO PERALTA, 2019, pág. 57); este ente se trata del congreso, quien tendrá que fundamentar su decisión según consideraciones jurídicas. Deberá llegar a establecer que existen indicios suficientes para levantar el fuero a un alto funcionario y, con ello, hacer expedito el camino para el ejercicio del proceso penal respectivo en la judicatura ordinaria (GARCÍA CHAVARRI, 2008, pág. 17).

En la actualidad, se puede estimar que la finalidad del modelo de acusación constitucional peruano ya no es solamente el permitir el procesamiento de los altos funcionarios por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos – antejuicio –, sino también sancionar o reprimir con la destitución y/o inhabilitación política conductas contrarias a la dignidad de su cargo – juicio político – y hacer efectiva, de ese modo, su responsabilidad política constitucional a consideración del congreso. Ahora, con independencia de la responsabilidad penal que eventualmente establezca el máximo grado de la judicatura ordinaria, el Congreso sanciona estas mismas conductas si las considera reprobables desde un punto de vista político (y/o moral) (GARCÍA CHAVARRI, 2008, pág. 17).

2.8.8. Antijuricidad: causas de justificación

La antijuricidad como elemento del delito resulta importante analizarlo; en razón a que, a partir de allí podemos determinar si la acción u omisión típica del agente es pasible de imputación. Dicho de otro modo, si el hecho o conducta del agente reúne todos los elementos de la tipicidad, podemos decir que nos encontramos frente a una conducta antijurídica por lo que como consecuencia se debe dar paso a una pena o medida de seguridad. Sin embargo, debemos de tener en cuenta que no toda conducta típica es antijurídica, para determinar con precisión su existencia debemos descartar que nos encontremos frente a situaciones concretas que se subsumen en alguna **causal de justificación** o **causas de exclusión del injusto**, reconocidas por el catálogo penal, es decir, existen conductas que a pesar de ser típicas son consideradas lícitas y conforme a derecho.

Las causas de justificación niegan la antijuricidad de una conducta, pues si se presenta alguna de estas causales, significa que la conducta está permitida por el ordenamiento jurídico, por tanto, no revestirá naturaleza penal. (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, pág. 267). Estas causales de exclusión del injusto se regulan en el artículo 20° del Código Penal, y fundamentalmente son: la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, ejercicio legítimo de un derecho y el consentimiento.

Ahora bien, en el delito de Enriquecimiento Ilícito (art. 401° del CP) la doctrina nacional de modo predominante reconoce el carácter subsidiario de acuerdo a la descripción del tipo penal. Recordemos que se trata de un delito de sospecha que necesita de la comisión de otros actos delictivos que consecuentemente enriquezcan al agente y éste no pueda justificar dicho incremento económico o patrimonial; en ese orden de ideas, consideramos que no es posible la concurrencia de alguna causa de justificación. En el tipo penal en comento, no cabría la figura de una legítima defensa ni el ejercicio legítimo de un derecho, porque de acuerdo a la descripción normativa el hecho de enriquecerse fuera legítimo, sería un acto lícito, y si es lícito no sería típico; por otro lado, en el enriquecimiento de forma ilícita no existe la libre disposición porque el enriquecido no podría alcanzar el consentimiento del titular.

Por otro lado, se debe indicar que las causas de justificación tienen la característica de *numerus apertus*, puesto que no existe una sola lista de aquellas circunstancias que puedan ser consideradas justificadas, bajo esta premisa, explica la doctrina: las causales de justificación del delito de Enriquecimiento ilícito, son las siguientes: 1) Por enriquecimientos sociales ajustados (producto de sus emolumentos, premios, servicios profesionales, etc.), por actos que suponen irregularidad administrativa. 2) Por incrementos deleznable. 3) Por hechos fortuitos o herencias. 4) Por justificación contable o financiera. (VARGAS ROJAS, 2007, págs. 877 y ss.)

En lo que respecta al estado de necesidad justificante, para algunos autores, existen situaciones en las que se podría considerar a dicho enriquecimiento ilícito de forma atípica. Nos explicamos con el siguiente ejemplo: El funcionario público que mientras se encuentra en un cargo de confianza, incrementa su patrimonio con una fuerte suma de dinero que, dentro de las investigaciones se determina que lo hace con la única finalidad de cubrir los gastos de una costosa operación de su madre o algún otro miembro de su núcleo familiar, en la que se indica que todo el dinero se ha gastado estrictamente en el tratamiento, situación que el funcionario no podría haber solventado si no incrementaba su patrimonio en dicho momento aunque dicha conducta se subsuma en la tipicidad del delito de enriquecimiento ilícito.

Esta causal de justificación que niega la antijuricidad de la conducta, es concebible cuando en el enriquecimiento se determina la existencia de una disminución del pasivo; sin embargo, para la doctrina nacional probar esta disminución resulta difícil en razón al aumento desproporcional del activo, añadiendo que; el estado de necesidad justificante solo se puede alegar en aquellas legislaciones en las que la conducta típica de enriquecerse ilícitamente no es propiamente “incremento patrimonial” sino la “no justificación” de la misma, en nuestra legislación no cabría la posibilidad de alegar dicha causal porque el tipo penal está estructurado en base al hecho de enriquecerse a consecuencia del cargo que ostenta el agente.

2.8.9. Culpabilidad: imputación personal

Bajo la premisa de que una acción u omisión antijurídica debe ser culpable; entonces, se define a ésta como la reprochabilidad de la conducta antijurídica, se dota a la culpabilidad de un juicio meramente impersonal: la vinculación del individuo al hecho (imputación individual) (PEÑA CABRERA FREYRE, 2011, pág. 729). Dentro de esta etapa se analizan tres elementos que tienen que concurrir de manera simultánea para finalmente valorar si existe la posibilidad de imponer una pena al sujeto activo, y estos son: La imputabilidad, la conciencia de la antijuricidad y exigibilidad de actuar de modo distinto.

En la imputabilidad tenemos las causales por la que una persona puede considerarse inimputable; sin embargo, no creemos que pueda existir algún supuesto de hecho que pudiera configurar alguna de estas causales, ya que, si se tratara de un caso de inimputabilidad, no estaríamos frente a un funcionario o servidor público, por lo que la relevancia penal de estos hechos se descartará a nivel de tipicidad; tampoco creemos que pueda presentarse un caso de error de prohibición de algún caso de inexigibilidad (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, pág. 269) Desglosando la opinión del autor, tenemos que, de acuerdo a las características del delito, el agente no puede concurrir en ninguna de las causales previstas en el Código Penal.

Cuando hablamos de un imputable, nos referimos a una persona con la capacidad de comprender lo que sucede a su alrededor y responder plenamente sobre sus actos, entonces, si hablamos de una persona con anomalías psíquica, grave alteración de la conciencia o alteración en la percepción, no podría tratarse de un sujeto que trabaja en la administración pública, un sujeto que no es sano mentalmente no podría desenvolverse como funcionario o servidor público.

Asimismo, la causal de minoría de edad, tampoco podría concurrir, por razones obvias, un menor de dieciocho años no tiene la capacidad jurídica para suscribir este tipo de contratos laborales con el Estado, desarrollando funciones propiamente de la administración pública, en ese sentido, en esta causal no podríamos hablar de una persona que se desempeña en cargos públicos.

Con respecto a la conciencia de la antijuricidad, abarca que el funcionario o servidor público tiene conocimiento de la ilicitud de su accionar. Dentro de esta, se evalúa si existe en el accionar del agente un error de prohibición que puede ser de tipo vencible o invencible, que, dado en caso en cualquiera de sus circunstancias, influirá en la tipicidad y la pena, si es un error vencible se atenúa la pena y si concurre un error invencible la conducta deviene en atípica. Del mismo modo, el error puede ser directo, cuando el sujeto no conoce que su accionar estaba prohibido o no conforme a derecho; o indirecto, cuando a sabiendas de que su accionar está prohibido, cree de modo errado, que podría existir una causa de justificación.

Pero en los delitos contra la administración pública, por la cualidad especial del agente (funcionario o servidor público), su accionar no podría incurrir en Error. En este tipo de delitos, sobre todo en el delito de Enriquecimiento Ilícito, el sujeto activo, es una persona con educación, capacitada y preparada para ocupar el cargo público, el funcionario o servidor público, conoce sus deberes, funciones y como cualquier persona en pleno uso de sus facultades tiene criterio para dirigir su accionar conforme a derecho. Aun así, si tuviera desconocimiento de la ilicitud de una determinada conducta o desconoce que existe una norma prohibitiva, en la administración pública, un funcionario o servidor público tiene asesores, consejeros, asistentes o personal de confianza con quienes pueden advertir dicha circunstancia, por todo lo dicho, un funcionario o servidor público no podría alegar desconocimiento de la ilicitud de su accionar.

Finalmente, resulta innecesario pronunciarse respecto a la exigibilidad de la conducta, debido a que, dentro de ella se analiza las causas de exclusión de la punibilidad, que son: el miedo insuperable y el estado de necesidad exculpante, que, dentro del delito de Enriquecimiento Ilícito, bajo ningún supuesto factico podría desarrollarse por la estructura típica del delito en examen.

2.8.10. Penalidad

El Código Penal peruano es uno de los más severos en Latinoamérica en sancionar penalmente el delito de enriquecimiento ilícito. No obstante que muy raras veces fue aplicable el tipo penal en mención, excepción hecha de los más recientes procesos contra funcionarios del fenecido régimen político presidio por el presidente Fujimori (VARGAS ROJAS, 2007, pág. 873). En la actualidad, el delito de enriquecimiento ilícito es invocado de manera alternativa en las acusaciones fiscales dada su característica subsidiaria, su imputación en el caso concreto dependerá de la estrategia que construye el representante del Ministerio Público teniendo en cuenta los medios probatorios recogidos en su investigación preparatoria, que, de no acreditar el delito primigenio del funcionario o servidor público, como tesis opcional recaería sobre el delito materia de examen.

El delito de enriquecimiento ilícito básico (primer párrafo del artículo 401° CP), contempla una triple penalidad que concurren de manera conjunta, a saber: i) la pena privativa de libertad no menor de cinco no mayor de diez años; ii) la pena de inhabilitación como sanción principal; y, iii) la pena de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Mientras que, el enriquecimiento ilícito agravado prevé (segundo párrafo del artículo 401° CP) prevé una triple penalidad que, de igual modo que el tipo base, asisten de manera conjunta, como se aprecia: i) la pena privativa de libertad no menor de diez no mayor de quince años; ii) la pena de inhabilitación como sanción principal; y, iii) la pena de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

2.9. EL MINISTERIO PÚBLICO COMO TITULAR DE LA CARGA DE LA PRUEBA

La institución del Ministerio Público Fiscalía de la Nación surge como un ente autónomo a partir de la Constitución del 1979, dotando de dicha autonomía el artículo 158° de la Carta Magna de 1993, lo que nos da a entender que las fiscalías tienen organización propia, que si bien es cierto son de naturaleza pública no dependen de otras instituciones estatales. Si bien es cierto que las fiscalías tienen fiscales superiores, bajo el principio de jerarquía, esto se presenta únicamente para conceder organización y unidad en el ejercicio de las funciones. En ese sentido, todos los fiscales tienen autonomía, independencia de criterio e imparcialidad en el desarrollo y la investigación de los casos asignados.

Cuando hablamos de dicha institución lo relacionamos de manera estrecha con la acción penal, puesto que proviene de un mandato constitucional; redactando textualmente, el artículo 159°, numeral 1) de nuestra Carta Magna nos dice que *“corresponde al Ministerio Público: Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses tutelados por el derecho”*, siendo que la acción penal tiene su basamento en el concepto de la pretensión punitiva, y debe materializarse a través del derecho concreto a la justicia penal, a la persecución penal, y particularmente a la condena y ejecución penal. (ROSAS YATACO, 2009, pág. 2006). Tal como define el eximio jurista Claus Roxin, el fiscal es un funcionario guardián de la legalidad, es el persecutor del delito, la pieza fundamental en los poderes del Estado para que exista un correcto ejercicio del poder y se alcance una justicia material.

La titularidad es exclusiva del Ministerio Público, de tal manera que la acción penal, - entendida como el derecho público subjetivo de acudir ante la autoridad jurisdiccional requiriendo su intervención – en su ejercicio público está a cargo del Fiscal y ninguna otra autoridad o persona puede ejercerla. (SÁNCHEZ VELARDE, 2009, pág. 71)

Asimismo, el ejercicio público de la acción penal que tiene el Ministerio Público se encuentra ligado consecuentemente con su deber de la carga de la prueba, de acuerdo al artículo 14° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, concordante con el Artículo IV del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, no existiendo dentro de dicha ley o su reglamento una explicación normativa de las razones por la que tiene dicha condición.

Sin embargo, se debe señalar que bajo la premisa de que “todo lo alegado debe probarse” (como principio general del derecho), se puede entender porque el Ministerio Público está dotado de tal deber; al ser el accionante, el titular de la acción penal o el que alega los hechos, es su deber probarlo. En ese orden de ideas, de acuerdo al Recurso de Nulidad N°956-2011-Ucayali, como doctrina jurisprudencial vinculante, en su Fundamentos Tercero, se señala: *“El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal pública y tiene el deber de la carga de la prueba, bajo el principio de la imputación necesaria como una manifestación del principio de legalidad y del principio de la defensa procesal”*, agregando que, toda conducta delictiva deber ser objeto de investigación, persecución penal y sanción teniendo como representante en todas las etapas del proceso penal al fiscal.

El Nuevo Código Procesal Penal confiere dos roles fundamentales de los fiscales frente al ejercicio de la acción penal y la carga de la prueba; el primero, el Ministerio Público, es el conductor de la investigación, en la que debe reunir todos los elementos suficientes para acusar o sobreseer, lo que conlleva al representante del Ministerio Público a investigar el hecho.

El rol de investigar o ser el conductor de las investigaciones, hace del fiscal que sea el responsable de tres momentos en el proceso penal: 1. Tomar las decisiones acerca del futuro de la investigación: necesidad de realizar diligencias de investigación, provocar audiencias ante el juez de la investigación preparatoria, impulsar la continuación de los actos de investigación y declarar su cierre. 2. Conseguir autorizaciones judiciales, como las limitativas de derechos, y; 3. Responder frente a los perjuicios generados por la actividad de investigación y responder por el éxito o fracaso de las investigaciones frente a la opinión pública. (SAN MARTÍN CASTRO, 2015, pág. 208)

El segundo rol que cumple el fiscal es, quien acusa en base a un hecho que se considera delito. Dicha acusación surge de la investigación que realiza para poder probar el hecho delictivo, lo que se denomina como el deber de la carga de la prueba. En ese sentido, la acusación fiscal está sometido a dos principios relevantes en la actividad fiscal, que son:

- a. **Principio de Legalidad:** Significa que la actuación del fiscal debe estar en base a lo que faculta la constitución, la ley y demás normas del ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que, el fiscal no debe actuar bajo ninguna influencia personal y/o externa; o bajo algún interés ajeno a su función.
- b. **Principio de Objetividad:** Bajo este principio, la función del fiscal debe ser la de realizar las investigaciones en base a los hechos y la búsqueda de indicios o pruebas que permitan acreditar la responsabilidad o la inocencia del investigado. Bajo lo mencionado debemos precisar que el fiscal es el titular de la carga de la prueba, no significa que en el devenir de las investigaciones se presenten pruebas o circunstancias que no permitan comprobar la imputación, que atenúen y que incluso eximan de responsabilidad al investigado.

Esto último es posible porque el Ministerio Público, materialmente, representa el interés público de realización de la justicia, el cual tanto puede contraponerse como coincidir con el de la defensa. Como el fiscal debe vigilar la observancia de las leyes, no puede lógicamente tener un interés subjetivo en el caso concreto distinto de la correcta aplicación de la ley. (SAN MARTÍN CASTRO, 2015, pág. 209)

Por tanto, quien debe probar, por excelencia, la existencia de un delito, es el persecutor de la acción penal, en razón al principio constitucional de presunción de inocencia de la que goza todo ser humano, que a su vez emana de las normas supranacionales de Derechos Humanos. Bajo esa perspectiva, nuestro proceso penal que se encuentra regulado en el NCPP, parte de la idea de que el inculpado es inocente hasta que su responsabilidad quede suficientemente demostrada.

2.10. EL DEBER DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El aspecto probatorio en el delito de enriquecimiento ilícito no resulta un tema pacífico en la doctrina nacional, en esencia, la controversia se centra en la inversión de la carga de la prueba, si su admisión se adecua a los alcances constitucionales que hoy en día amerita un proceso penal respetuoso de los derechos fundamentales del cual goza todo procesado. No obstante, el consenso entre los autores reposa en reconocer al Ministerio Público como titular de la acción penal el deber de probar el delito – de enriquecimiento ilícito –.

La prueba ofrecida debe versar sobre la procedencia del enriquecimiento. Debe dirigirse a la demostración de que el incremento patrimonio ocurrido luego de la asunción del cargo obedece a otras razones, es decir, que no está vinculado a su condición de empleado o funcionario público (DONNA, 2001, pág. 403). En otros términos, la prueba del enriquecimiento ilícito estriba en acreditar que el incremento patrimonial del funcionario o servidor público en el límite temporal de su cargo, proviene de fuentes lícitas (sueldo mensual, herencia familiar, negocios inmobiliarios, etc.), caso contrario, de no ser así se presumiría la ilicitud y correspondería formular acusación por el delito objeto de análisis.

La ilicitud o licitud de la causa que determina aquel incremento, según la norma penal, va a estar determinada, en parte sustancial, por el esfuerzo que haga el sospechado (funcionario o servidor público) por justificar no de cualquier manera, sino razonablemente dicho incremento (inversión de la carga de la prueba); si el agente no prueba la causa lícita de su incremento patrimonial, el fiscal sin mínimo esfuerzo bien puede suponer una causa ilícita y formular acusación por enriquecimiento ilícito y el juez condenarlo a mérito de dicha acusación (HUGO ÁLVAREZ & HUARCAY RAMOS, 2018, pág. 493).

Es el juez quien determina si la justificación patrimonial realizada por el funcionario o servidor público es o no razonable, caso contrario, como se dijo, devendría en una acusación fiscal, bastando para ello prueba de carácter contable sobre los ingresos y egresos del imputado, esto funciona así porque el mismo tipo penal establece.

Dentro de ella se indica que, la justificación razonable proviene de un indicio cuando la declaración de los bienes y rentas del funcionario público son notoriamente superiores a los que ha podido percibir con sus ingresos legítimos, lo que importaría principalmente una afectación a la presunción de inocencia y, como consecuencia secundaria se daría la inversión de la carga de la prueba correspondiendo de tal modo quebrantar ese indicio al propio funcionario público.

La normal penal, al hacer referencia al incremento de su patrimonio, supone la ilicitud de una conducta previa, no determinada, vulnerando con ello la presunción de inocencia e invirtiendo la carga probatoria que constitucionalmente corresponde al Ministerio Público. Este extremo de contenido penal de la norma deviene en inconstitucional toda vez que contraviene lo dispuesto por el artículo 2º, inciso 24, literal e), de la Constitución Política del Estado ÁLVAREZ & HUARCAY RAMOS, 2018, pág. 494).

No se trata, entonces, tan sólo de establecer presunciones de enriquecimiento, hay que acreditarlo con los diversos medios probatorios que existan (pericias contables, estimados financieros, análisis *ex ante* y *ex post*, concurrencia de indicios, etc.). La carga de la prueba debe estar siempre a cuenta del denunciante o de la entidad institucional que es parte en el proceso penal (se entiende el Ministerio Público, secundado por las Procuradurías del Estado) (ROJAS VARGAS, 2007, pág. 864). El incremento patrimonial y su no justificación no pueden ser sinónimos de culpabilidad, puesto que mientras no se haya acreditado más allá de toda duda razonable el origen ilícito de tal aumento no se puede presumir la responsabilidad penal del imputado ya que contraviene la presunción de inocencia del que goza todo aquel que se encuentre inmerso en un proceso penal.

En suma, si bien el funcionario público justifica su incremento patrimonial ello no significa que resulte ser correcto, puesto que, por mandato constitucional y legal, es el Ministerio Público quien debe demostrar los elementos materiales del delito, pues se constituye como el órgano de persecución penal y titular de la carga probatoria, de manera que la inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito colisiona contra los derechos del imputado respecto a su inocencia.

CAPITULO III

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

3.1. CONTEXTO DEL PROBLEMA

El delito de enriquecimiento ilícito como delito contra la administración pública, constituye un injusto penal que con mayor frecuencia incurren los funcionarios y servidores públicos al término de sus gestiones públicas – en concurso delictivo con otros tipos penales de similar naturaleza jurídica –, esto, por tratarse de un delito especial propio, donde solo puede ser cometido por aquel sujeto activo que ostente alguna cualidad o condición especial, que se traduce en ser un funcionario del Estado.

Este tipo penal objeto de investigación presenta una estructura normativa (típica) compleja, que viene compuesta de tres párrafos: el primero, prevé la conducta prohibida por la norma penal: el desbalance patrimonial injustificado; la segunda, regula la circunstancia agravante: cuando el agente ocupó altos cargos en las empresas del Estado; finalmente, el tercero, que describe el aspecto procesal en relación a la prueba indiciaria. La unificación de estos da vida al delito de enriquecimiento ilícito, que de ellos se desprende, además, los elementos objetivos que se requiere para su configuración como ilícito penal, siendo: a) condición especial del agente; b) abuso del cargo; c) incremento ilícito de su patrimonio respecto a sus ingresos legítimos.

Dentro del plano fáctico, el **problema** que acarrea el delito de enriquecimiento ilícito gira en torno al aspecto procesal en relación a la carga de la prueba que reposa sobre el desbalance patrimonial, si dicha exigencia corresponde al Ministerio Público como titular de la acción penal, o es que incumbe al imputado justificar la licitud del incremento desmesurado de su patrimonio; incertidumbre jurídica que merece atención con el fin de evitar confusión en el rol de la fiscalía al momento de perseguir y acreditar los elementos objetivos del delito (y en especial el *incremento ilícito del patrimonio respecto a los ingresos legítimos* del funcionario o servidor público), teniéndose en cuenta que la posición que se maneja a nivel de doctrina es que si atañe al imputado el deber de probar se colisiona con la presunción de inocencia.

3.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

3.2.1. Problemas generales

- ✓ ¿Como funciona el deber de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito?

3.2.2. Problemas específicos

- ✓ ¿Cuáles son los límites entre el deber de justificación recaído en el funcionario o servidor público, y el deber de la carga de la prueba del Ministerio Público en la Casación N°953-2017-Lima?
- ✓ ¿Cuándo nos encontramos ante un desbalance patrimonial no justificado para que constituya delito de enriquecimiento ilícito en la Casación N°953-2017-Lima?

3.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.3.1. Objetivo general

- ✓ Establecer cómo funciona el deber de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito.

3.3.2. Objetivos específicos

- ✓ Establecer cuáles son los límites entre el deber de justificación recaído en el funcionario o servidor público, y el deber de la carga de la prueba del Ministerio Público en la Casación N°953-2017-Lima.
- ✓ Determinar cuándo nos encontramos ante un desbalance patrimonial no justificado para que constituya delito de enriquecimiento ilícito en la Casación N°953-2017-Lima.
- ✓ Advertir el fundamento de incriminación del delito de enriquecimiento ilícito.
- ✓ Identificar el marco jurídico internacional y nacional del delito de enriquecimiento ilícito.

3.4. VARIABLES

- ✓ **Variable independiente:**
 - El delito de enriquecimiento ilícito.
- ✓ **Variable dependiente:**
 - Deber de la carga de la prueba.

3.5. SUPUESTOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.5.1. Supuestos generales

- ✓ El deber de la carga de la prueba funciona cuando existe un incremento patrimonial no justificado del funcionario o servidor público, cuando son muy elevados a los que regularmente hubiera podido alcanzar como resultado de sus ingresos legítimos, a partir de entonces, que corresponde al funcionario la exigencia de justificar incremento desmesurado, caso contrario, corresponde al Ministerio Público la acreditación del delito de enriquecimiento ilícito.

3.5.2. Supuestos específicos

- ✓ El deber de justificación que corresponde al funcionario o servidor público sobre el incremento desmesurado de su patrimonio, importa que el agente demuestre la licitud de su solvencia económica en torno al aumento de su patrimonio, mientras que el deber de la carga de la prueba es desarrollada por el Ministerio Público que consiste en demostrar que aquel incremento patrimonial desproporcionado del imputado se habría dado en el período en que se desempeñó como funcionario público, teniéndose en cuenta los ingresos legítimos que este habría percibido.
- ✓ Nos encontramos ante un desbalance patrimonial no justificado cuando el funcionario o servidor público no consigue demostrar que el incremento de su patrimonio ha sido producto de sus ingresos legítimo obtenido en el período de tiempo que ostentaba el cargo de funcionario público.

CAPÍTULO IV

METODOLOGÍA

4.1. MÉTODO DE ESTUDIO

Nuestra investigación se desarrolla bajo el **enfoque cualitativo**, en mérito al planteamiento de nuestras hipótesis, que para poder comprobar la certeza de los supuestos utilizamos la recolección de datos y análisis de las mismas para así poder responder ampliamente sobre nuestra problemática encontrada. La característica de las investigaciones cualitativas, se centran en desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos. En la búsqueda cualitativa, en lugar de iniciar con una teoría y luego voltear al mundo empírico para confirmar si ésta es apoyada por los datos y resultado, el investigador comienza examinando los hechos en sí y en el proceso desarrolla una teoría coherente para representar lo que observa. (HERNÁNDEZ SAMPIERI, FERNÁNDEZ COLLADO & BAPTISTA LUCIO, 2014, pág. 8).

En ese sentido, de acuerdo al pronunciamiento de la Sala Suprema en la Casación N°953-2017-LIMA, respecto de los hechos concretos en el caso, nosotros planteamos nuestra posición y a través de la recolección de datos de la doctrina, jurisprudencia, opiniones y otros medios que se pronuncian en relación a dicho tema, comprobamos si nuestra posición en la acertada luego de la observación, análisis y crítica a los resultados de nuestra investigación.

Dicho enfoque cualitativo, se centra en una investigación netamente **sociojurídica**, puesto que analizamos si la norma jurídica dentro de un caso real y concreto se cumple o por el contrario carece de efectividad. De la misma forma, el nivel de la investigación es de **tipo descriptiva**, los estudios descriptivos son esencialmente observacionales, esto quiere decir, que son estudios sin intervención toda vez que el investigados observa el fenómeno y lo describe en su campo de acción sin intervenir o modificar el ámbito de estudio. (OCHOA PACHAS & YUNKOR ROMERO, 2020, pág. 08).

4.2. MUESTRA

La muestra que se presenta en nuestra investigación se desarrolla en base a la Casación N°953-2017-LIMA.

4.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La técnica de recolección de datos esta referida al modo o la forma en la que se va a obtener la información de nuestra investigación; y, los instrumentos de recolección de datos son los medios o recursos materiales de la que el investigador se vale para poder recolectar la información. En la presente, utilizamos la técnica del **análisis documental** y los instrumentos utilizados son **la revisión de documentos y el fichaje de materiales.**

Con respecto a la revisión documentaria, los autores realizamos una recolección de libros, artículos, opiniones y críticas de diversos autores, ya sea de modo virtual o físico, que se pronuncien en relación al planteamiento de nuestra problemática y que giren en torno a los pronunciamientos que se desarrollan en la Casación N° 953-2017-LIMA.

El instrumento de fichaje de materiales, fue útil dentro de nuestra investigación, debido a que nos permitió filtrar toda la información encontrada y seleccionar solo aquellas que contribuirían con el marco teórico y jurídico. En ese sentido, logramos tener una amplia bibliografía que contribuirá con las futuras investigaciones que tomen como referencia el presente trabajo.

4.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCION DE DATOS.

El procedimiento seguido para la recolección de datos, fue realizado de la siguiente manera:

1. Cuando nuestra casa de estudios nos asignó la Casación N° 953-2017-LIMA, la estudiamos y delimitamos nuestro tema de investigación una vez encontrada la problemática que planteamos en el presente trabajo.

2. Con ello, se inició la revisión de documentos. Esta recolección de información estuvo a cargo de los autores, pero tuvimos la ayuda y el direccionamiento de nuestros asesores (teórico y metodológico). Quienes nos recomendaron autores para ampliar nuestros conocimientos.
3. Debemos indicar que, nuestro tema de investigación, al ser amplio y dentro del ámbito jurídico, un tema cuestionado y criticado por la doctrina y jurisprudencia, obtuvimos abundante información; en ese sentido, procedimos a la selección de lo relevante solamente en relación al delito de Enriquecimiento Ilícito y tema del deber de la carga de la prueba.
4. Luego, la información seleccionada fue corroborada con las fuentes normativas principales como: la Constitución Política de nuestro Estado y el Código Penal. Esto con la finalidad de verificar si lo recolectado es actualizada y conforme a nuestro ordenamiento jurídico.
5. Finalmente, se procedió a organizar el marco teórico y desarrollarlo ampliamente, incluyendo dentro de ella nuestra crítica y posición sobre el tema, tal como se puede observar de la lectura de la totalidad de nuestra investigación.

4.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD

El presente trabajo no fue sometido a estándares de medición de las pruebas porque los instrumentos utilizados para la recolección de datos no necesitan de tal rigor de indicar la validez porque se trata de instrumentos documentarios que no son pasibles de una medición. Con respecto a la confiabilidad, debemos indicar que el Trabajo de Suficiencia Profesional – Método del Caso Jurídico, que lleva por título: “El deber de la Carga de la Prueba en el Delito de Enriquecimiento Ilícito: Casación N° 953-2017-Lima”, tiene como antecedentes o base de estudio investigaciones anteriores que se encuentran estrechamente relacionadas con nuestra problemática planteada; además, el presente trabajo se encuentra desarrollada con doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

4.6. PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA

La Casación N° 953-2017-LIMA, como base de nuestra investigación, ha seguido un procedimiento con enfoque cualitativo, sociojurídico de tipo descriptivo, en la que se ha analizado la información que se plasmó en el marco teórico, referenciando y/o citando la idea de los autores de modo correcto y plasmando nuestra posición fundamentada, ya sea apoyando o criticando con el absoluto respeto a cada doctrinario.

Así mismo, queremos indicar que nos formamos en la carrera de Derecho y como tal, somos conocedores de la ley y sus prohibiciones con respecto a la propiedad intelectual; en ese sentido, es importante destacar que toda nuestra investigación y el Proyecto de Ley planteado, es consecuencia de la búsqueda de información, estudio y análisis, por tales motivos, los integrantes somos los autores del Trabajo de Suficiencia Profesional – Método del Caso Jurídico, que lleva por título: “El deber de la Carga de la Prueba en el Delito de Enriquecimiento Ilícito: Casación N° 953-2017-Lima”.

Para concluir, durante la realización del trabajo se aplicó los principios éticos y morales que adquirimos a lo largo de nuestras vidas, ahondado en ello, lo cultivado en las aulas de nuestra *alma mater*, Universidad Científica del Perú, nos permitió culminar el trabajo con responsabilidad, puntualidad, trabajo en equipo y compromiso, a pesar de los obstáculos que se nos presentó a lo largo de estos meses de investigación.

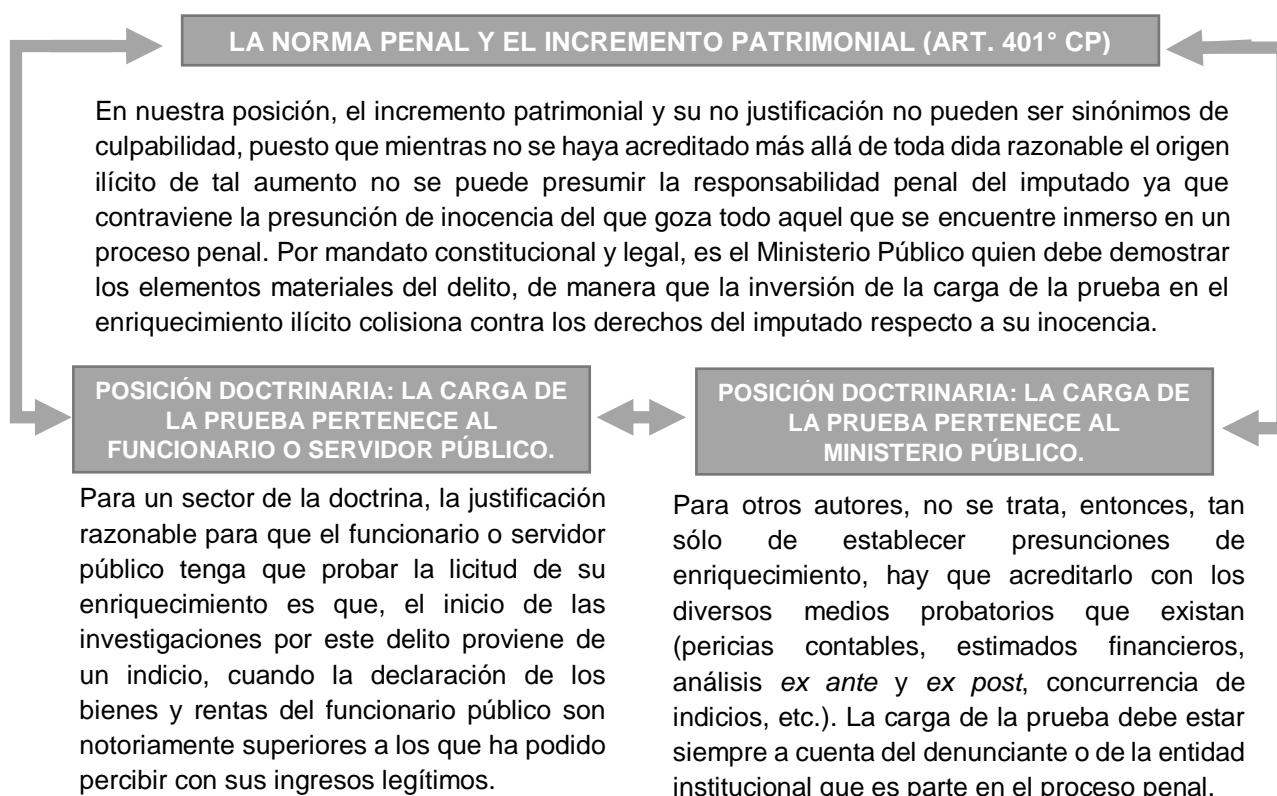
CAPITULO V

RESULTADOS

Luego del análisis y estudio de la Casación N°953-2017-LIMA, en la que abordamos en tema del “deber de la carga de la prueba en el delito de Enriquecimiento Ilícito”; los autores consideramos pertinente la aplicar la técnica de triangulación para presentar el resultado de nuestra investigación.

Gráfico 1: Se ha planteado la siguiente problemática: ¿Cómo funciona el deber de la carga de la prueba en el delito de Enriquecimiento Ilícito?; ante ello, tenemos el siguiente resultado. Debiendo precisar que, los resultados giran en torno a que, la prueba del enriquecimiento ilícito consiste en acreditar que el incremento patrimonial del funcionario o servidor público en el límite temporal de su cargo, proviene de fuentes lícitas (sueldo mensual, herencia familiar, negocios inmobiliarios, etc.), caso contrario, de no ser así se presumiría a existencia de un Enriquecimiento Ilícito.

La prueba ofrecida debe versar sobre la procedencia del enriquecimiento. Debe dirigirse a la demostración de que el incremento patrimonio ocurrido luego de la asunción del cargo obedece a otras razones. A ello, la normal penal, al hacer referencia al este incremento, supone la ilicitud de una conducta previa, no determinada, vulnerando con ello la presunción de inocencia e invirtiendo la carga probatoria que constitucionalmente corresponde al Ministerio Público.



CAPÍTULO VI

DISCUSIÓN

Del análisis efectuado a la Casación N°953-2017-Lima, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, que versa sobre el pronunciamiento del deber de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito, previsto y sancionado en el artículo 401° del Código Penal, podemos determinar que se trata de un tema controvertido tanto en sede jurisprudencial como a nivel de la doctrina nacional y extranjera.

El delito de enriquecimiento ilícito se configura como un delito especial propio, ello significa que su comisión restringe el círculo de autores a aquellos agentes que ostenten alguna condición especial, que por tratarse de un delito contra la Administración Pública, solo pueden ser sujetos activos los funcionarios o servidores públicos; además de ello, se constituye como un delito de infracción de deber, que implica que los funcionarios públicos – como autores del delito – quebrantan los deberes legales del cargo que le es impuesto por el ordenamiento jurídico con el fin de incrementar su patrimonio de modo ilícito.

Nuestro criterio se encuentra correlacionado con lo puntualizado por Leguía Casimiro en su tesis *“El enriquecimiento ilícito y la actividad funcional pública en Lima Sur 2017-2918*, en donde señala que: *“El delito de Enriquecimiento Ilícito, es un delito recurrente entre los funcionarios públicos de las diversas instituciones del Estado, en razón a que no existe una fiscalización tanto interna como externa en las entidades, lo cual es un desinterés del Estado Peruano, sin tomar en consideración que el dinero del mismo es para fines públicos, lo cual se recauda del aporte (en sus formas diversas) de cada uno de los ciudadanos. En razón a ello, lo tipificado con el artículo 401° del Código Penal Peruano, es una consecuencia a la falta de ética de los funcionarios y/o servidores públicos, que aprovechándose de su cargo incrementan abruptamente sus patrimonios valiéndose de artimañas o por medio de favores a interés propio que perjudica a la colectividad”*. Se puede apreciar, que la idea del autor se centra en delimitar el contexto en el que surge el enriquecimiento ilícito, esto es, abusando de su cargo producto de la ausencia de ética.

En tal sentido, coincidimos con la posición del citado autor, puesto que en ese contexto de ausencia de ética es que los funcionarios públicos incurren en un conglomerado de delitos contra la Administración Pública, y entre ellos está el enriquecimiento ilícito, que tiene como principal consecuencia la vulneración del bien jurídico que se traduce en el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Sobre el particular, y manejando igual criterio, es la autora Pezo Roncal, que reconoce el carácter especial propio del delito en examen y delimita el objeto de tutela, desarrollado en su tesis *“El bien jurídico específico en el delito de enriquecimiento ilícito”*, donde señala que: *“el delito de Enriquecimiento Ilícito se considera como un delito especial propio de infracción de deber, bajo la perspectiva que el funcionario público, al asumir de manera voluntaria un cargo o posición, no solo se hace responsable de diferentes funciones y potestades, sino también de deberes y prerrogativas, que esta referido a un marco de obligatorio respeto para el funcionario público; por lo que su accionar debe estar dirigido por los principios que rigen a la administración pública y al ejercicio de la función pública, por lo que el bien jurídico protegido en este delito está estrechamente ligado a ello y el accionar malicioso del funcionario o servidor público reviste de una especial gravedad porque lesiona principios rectores como el principio de probidad y transparencia en el ejercicio de la función pública”*.

Compartimos el criterio expuesto por la citada autora, debido a que el funcionario público al asumir el cargo conferido por el Estado en razón al mandato popular, se hace acreedor a un conjunto de responsabilidad y deberes que debe cumplir en el marco del recto comportamiento frente al direccionamiento del cargo, donde generalmente se le confiere la administración de los caudales de alguna entidad edil, por ello, su actuación funcional frente a la sociedad debe ir de la mano con sus características probas y transparentes para asumir el cargo público y no terminar lesionando el bien jurídico tutelado por el artículo 401° del Código Penal.

En caso de que el funcionario público incurra en conducta ilícita que motive el incremento de su patrimonio, es necesario la acreditación del enriquecimiento mediante la aportación de pruebas fehacientes que así lo determine, y este deber

de la carga de la prueba debe ser manejado por el Ministerio Público como titular de la acción penal, una cuestión que entre los académicos resulta controversial, puesto que hay quienes están de acuerdo con que sea el funcionario o servidor público quien justifique el incremento de su patrimonio, esto por el indicio cuando la declaración de sus bienes y rentas sean notoriamente superiores a sus ingresos legítimos, esto es denominado como “inversión de la carga de la prueba”, una idea que resulta errónea por contravenir el mandato constitucional respecto a la titularidad de la carga de la prueba sobre el Ministerio Público y en relación el quebrantamiento de la presunción de inocencia del imputado sin antes haberse demostrado su culpabilidad.

En ese sentido, resulta pertinente citar el Recurso de Nulidad N°2939-2015-Lima, donde se deja establecido que: *“bajo ningún concepto es de asumir que exista una inversión de la carga de la prueba, por la concurrencia eventual de un indicio de falsa justificación. Tal interpretación vulneraría la presunción de inocencia; excluiría inconstitucionalmente al Ministerio Público de su obligación de probar la imputación, y restringiría el derecho del acusado a guardar silencio frente a la acusación formulada en su contra”*. Criterio manejado por la Corte Suprema a la cual nos arribamos, en virtud a que el proceso penal es seguido contra el imputado debiendo este “tumbar” la tesis inculpativa del Ministerio Público a efectos de insistir en su inocencia en el delito que se le imputa, más no tiene un rol “probatorio” sobre su imputación, en tanto, le compete al Ministerio Público quebrantar la presunción de inocencia y alcanzar la culpabilidad del encausado.

Bajo esa lógica argumentativa, el autor Castillo Méndez sostiene en su tesis *“La inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito tipificado en el artículo 401° del Código Penal peruano y la vulneración del derecho de presunción de inocencia”*, que: *“la inversión de la carga de la prueba en el delito de Enriquecimiento Ilícito, si vulnera el derecho a la presunción de inocencia, porque dentro de este delito se tiene que el funcionario o servidor público es quien debe justificar que el incremento de su patrimonio, es de procedencia lícita. Además, se tiene que con la vigencia de la Ley N° 29758, si bien es cierto se descarta todo tipo de inversión de la carga de la prueba, aun en la práctica el*

*Ministerio Público pese a que constitucionalmente es el titular de la acción penal, solicita a los investigados que justifiquen el origen lícito del acervo patrimonial que genera un desbalance, lo cual nos conlleva a concluir que aún existe un problema de interpretación del artículo 401° del Código Penal Peruano”, en efecto, expresamos nuestro acuerdo con la posición manejada por el autor, que si bien en la *praxis* judicial se requiere al funcionario público la justificación del incremento de su patrimonio, ello no significa que tal exigencia se adecua a los preceptos constitucionales y legales del proceso penal, sino todo lo contrario, lesiona el debido proceso que debe seguirse en la investigación y procesamiento de los funcionarios públicos imputados por el delito de enriquecimiento ilícito.*

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES

Habiéndose logrado el término de la investigación, en el presente capítulo exponemos las conclusiones a las cuales hemos arribado teniendo como punto de partida el método descriptivo empleado en el presente análisis de la sentencia objeto de estudio, siendo así, dichas conclusiones son:

- a.** Se ha logrado establecer cómo funciona el deber de la carga de la prueba en el delio de enriquecimiento ilícito, correspondiendo su titularidad exclusivamente al Ministerio Público, conforme a lo estipulado en el Artículo IV, numeral 1) del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, que, como titular de la acción penal reposa sobre él la carga probatoria en cuanto acreditación del delito imputado se refiere en el decurso de un proceso penal, esto significa, por tanto, que como órgano persecutor del delito el Ministerio Público está en la obligación legal de acreditar el incremento ilícito patrimonial del funcionario o servidor público, de no ser así, contravendría el principio de legalidad.

- b.** Alcanzamos a establecer cuáles son los límites entre el deber de justificación recaído en el funcionario o servidor público, y el deber de la carga de la prueba del Ministerio Público; respecto al primero, el funcionario o servidor público, conforme a la interpretación del tipo penal, debe justificar razonablemente que el incremento de su patrimonio proviene de fuentes generadoras lícitas (*v. gr.*, sueldos mensuales como burgomaestre, herencias familiares, negocios comerciales, etc.) debiendo hacerlo por intermedio de su declaración de bienes y rentas, tal circunstancia importa el momento culminante de que el agente pueda sustentar su acervo patrimonial; sobre el segundo, será el Ministerio Público que presumirá el enriquecimiento ilícito en caso el funcionario público no justifique la licitud de su incremento patrimonial, y en consecuencia, tendrá la carga probatoria de acreditar el delito bastando como pruebas pericias contables, asimilados financieros, etc.

- c. Se ha conseguido determinar cuándo nos encontramos ante un desbalance patrimonial no justificado para que constituya delito de enriquecimiento ilícito, esto se da, ante el incremento ilícito del patrimonio del funcionario público, que si el aumento de su patrimonio o gastos económico no se adecuan a su declaración jurada de bienes y rentas y se aprecia un incremento notoriamente superior a los que no haya podido adquirir con sus ingresos legítimos, claramente se tendrá un desbalance patrimonial adquirido por abuso de cargo funcional, consumándose el enriquecimiento ilícito como delito.
- d. Se pudo advertir el fundamento de incriminación del delito de enriquecimiento ilícito, cuya regulación no responde a juicios improvisados del legislador nacional, pues el criterio es uniforme entre la ley, doctrina y jurisprudencia cuando centran el sustento de su incorporación al Código Penal como delito, que se traduce en la prevención del enriquecimiento del funcionario público abusando de su cargo, pues la Administración Pública no puede funcionar como fuente de beneficio económico, patrimonial y lucro para sus titulares, por tanto, se trata de un enriquecimiento real y verdadero que debe ser comprobable por el Ministerio Público, de manera que el prevalimiento del agente público sobre el cargo que ostenta justifica la punición del enriquecimiento ilícito como delito en el catálogo penal.
- e. Finalmente, se logró identificar el marco jurídico internacional y nacional del enriquecimiento ilícito, esto resulta necesario en virtud de establecer si su regulación goza de suficiente fundamento legal, circunstancia que el delito en examen se advierte, pues tiene como fuentes internacionales a la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), ambas disposiciones legales se configuran como la base normativa internacional del enriquecimiento ilícito de la cual el Perú ha suscrito a efectos de incorporar dentro de su legislación penal el enriquecimiento ilícito como delito; por otro lado, son fuentes nacionales la Constitución es sus arts. 39° y 41°; y, claramente, el Código Penal en su artículo 401°.

CAPÍTULO VIII

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda la modificación del artículo 401° del Código Penal, donde se suprima el tercer párrafo que hace alusión a la prueba indiciaria sobre el aumento del patrimonio en consideración a su declaración de bienes y rentas, es notoriamente superior al que haya podido obtener con sus ingresos legítimos; ello debido a que se trata de una norma procesal regulada en el seno de una norma sustantiva, lo que constituye en esencia una deficiencia técnico legislativa que significa asumir la culpabilidad del funcionario o servidor público sin antes haberse demostrado su participación delictiva (autoría) en el enriquecimiento ilícito, tal como lo preceptúa el Artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, y en consecuencia, colisiona contra la presunción de inocencia del imputado (empleado público) contraviniendo lo estipulado en el artículo 2°, inciso 24), literal “e” de la Constitución Política del Perú.
2. Para determinar la configuración del delito de enriquecimiento ilícito, se propone asumir el criterio que expone, en el sentido de que se trata de un delito de comisión y de resultado, que encuentra perfección delictiva cuando el funcionario o servidor público incrementa ilícitamente su patrimonio; ya que, de acuerdo al moderno fundamento de incriminación del delito en comentario, su regulación no solo se basa en una presunción de incremento patrimonial, sino que se trata de un real, verdadero y comprobable aumento del patrimonio del agente, por lo que se requiere, en efecto, que abusando de su cargo, el funcionario y servidor público alcance el aumento de patrimonio, es decir, que se incorpore a sus arcas lo ilícitamente adquirido.
3. Sugerimos a los fiscales, abogados defensores y jueces que, ante los casos que versen sobre el delito de enriquecimiento ilícito, para su investigación, defensa y juzgamiento, respectivamente, se sujeten a lo **acordado** en el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal realizado en Lima

entre el 20 y 21 de junio del 2008, donde las Cortes Superiores del Perú determinaron que el deber de la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público sobre la probanza que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente en el período que tuvo dicha condición.

4. Proponemos una constante capacitación a las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que si bien se trata de fiscalías especializadas en la materia, en la *praxis* se observa que ante cualquier suceso con apariencia de ilicitud realizan investigación fiscal y formulan acusación, sin tener en cuenta los elementos objetivos y subjetivos de los delitos contra la administración pública, y concluyen en sede judicial con una sentencia absolutoria, en ese sentido, y en relación al enriquecimiento ilícito, sus capacitación debe incidir en el presupuesto material del incremento ilícito patrimonial, puesto que no cualquier aumento patrimonial del funcionario público proviene de fuentes ilícitas, sino que se debe a diversas fuentes generadoras (sueldo mensual, transferencia de bienes, negocios comerciales, herencias familiares, etc.), por lo que deben tener en cuenta el principio de mínima intervención del derecho penal.

CAPÍTULO IX

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros:

- ABANTO VÁSQUEZ, M. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. (2° edición). Palestra Editores.
- ALBERTO DONNA, E. (2001). *Derecho Penal. Parte Especial*. (T. III). Rubinzal-Culzoni Editores.
- CREUS, C. (1998). *Derecho Penal. Parte Especial*. (6° edición, 1° reimpresión, T. II.). Editorial Astrea.
- GARCÍA NAVARRO, E. (2022). *Derecho Penal. Parte Especial*. (1° edición, T.II.). Editorial Grijley.
- GALVEZ VILLEGAS, T. A. (2017). *El Delito de Enriquecimiento Ilícito*. (2° edición). Instituto Pacífico.
- GARCÍA CHÁVARRI, A. (2008). *Acusación constitucional, juicio político y antejuicio*. (Cuaderno de Trabajo N°9). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- HUGO ÁLVAREZ, J. & HUARCAYA RAMOS, B. (2018). *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. (1° edición). Gaceta Jurídica.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C. & BAPTISTA LUCIO, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. (6° edición). MCGRAW-HILL / INTERAMERICANA.
- PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. (3° edición, T. I). IDEMSA.
- PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. (2016). *Derecho Penal. Parte Especial*. (3° edición, T.V). IDEMSA.
- PÉREZ LÓPEZ, J. (2016). *El delito de enriquecimiento ilícito*. En: AAVV. *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. (1° edición, págs. 447-481). Gaceta Jurídica.

- PRADO SALDARRIAGA, V. (2021). *Derecho Penal. Parte Especial. Una introducción en sus conceptos fundamentales*. (1° edición). Instituto Pacífico.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. (2017). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. (2° edición). Jurista Editores.
- ROSAS YATACO, J. (2009). *Manual de Derecho Procesal Penal con aplicación al Nuevo Código Procesal Penal*. (1° edición). Jurista Editores.
- ROJAS VARGAS, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. (4° edición). Editorial Grijley.
- ROJAS VARGAS, F. (2016). *Código Penal. Jurisprudencia del Sistema Penal*. (1° edición, T. V). RZ Editores.
- RUBIO CORREA, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. (1° edición, T. III.). Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- SALINAS SICCHA, R. (2014). *Delitos contra la administración pública*. (3° edición). Editorial Grijley.
- SANCHEZ VELARDE, P. (2009). *El nuevo proceso penal*. (1° edición). IDEMSA.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2015). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. (1° edición). Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.

Revistas:

- OCHOA PACHAS, J. & YUNOR ROMERO, Y. (2020). *El estudio descriptivo en la investigación científica*. Artículo de la Revista Electrónica Acta Jurídica Peruana de la Universidad Autónoma del Perú, vol. 2, núm. 2, febrero – 2021, págs. 1-19. <http://revistas.autonoma.edu.pe/index.php/AJP/article/view/224/191>

- GARCÍA TOMA, V. (2011). *La acusación constitucional*. *Advocatus* (25), págs. 245-262. <https://doi.org/10.26439/advocatus2011.n025.396>

Tesis:

- CASTILLO MÉNDEZ, E.M. (2014). Tesis: *“La inversión de la carga de la prueba en el delito de Enriquecimiento Ilícito tipificado en el artículo 401 del Código Penal Peruano y la vulneración del derecho a la presunción de inocencia”*. Universidad Nacional de Trujillo.
- LEGUIA CASIMIRO, A.D. (2018). Tesis: *“El Enriquecimiento Ilícito y la actividad funcional pública en Lima Sur 2017-2018”*. Universidad Autónoma del Perú.
- LOZANO PERALTAM R. Y. (2019). *“Límites y contenido de la acusación constitucional, el antejuicio y el juicio político en el ordenamiento jurídico peruano”*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- PEZO RONCAL, C.A. (2014). Tesis: *“El bien jurídico específico en el delito de Enriquecimiento Ilícito”*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Normativa revisada:

- Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)
- Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)
- Constitución Política del Perú
- Código Penal

Jurisprudencia consultada:

- Casación N°277-2018-Ventanilla
- Expediente N°27-2002-SPE-CSJ-Sala Penal Especial “A” de Lima.
- Expediente N°00008-2014-19-5001-JR-PE-01.
- Pleno Jurisdiccional Nacional Penal de las Cortes Superiores, realizado en Lima entre el 20 y 21 de junio del 2008.

- Recurso de Nulidad N°2939-2015-Lima.
- Recurso de Nulidad N°AV-09-2001-Lima.
- Recurso de Nulidad N°1194-2014-Lima.
- Recurso de Nulidad N°965-2011-Ucayali.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N°0006-2003-AI
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N°00030-2010-PHC

ANEXOS

ANEXO N° 1: Matriz de consistencia.

TITULO:

“EL DEBER DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: CASACIÓN N° 953-2017-LIMA”

AUTORES:

-
-

PROBLEMAS	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>PROBLEMA GENERAL:</p> <p>¿Cómo funciona el deber de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL:</p> <p>Establecer cómo funciona el deber de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito.</p>	<p>SUPUESTO GENERAL:</p> <p>El deber de la carga de la prueba se invierte cuando existe un incremento patrimonial no justificado del funcionario o servidor público, cuando son muy elevados a los que regularmente hubiera podido alcanzar como</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE:</p> <p>El delito de enriquecimiento ilícito.</p>	<p>INDICADORES DE VARIABLE INDEPENDIENTE:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Carga de la prueba. - Desbalance patrimonial. 	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>Enfoque cualitativo de tipo socio jurídico, dentro de un nivel de investigación tipo descriptiva.</p>

<p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS: ¿Cuáles son los límites entre el deber de justificación recaído en el funcionario o servidor público, y el deber de la carga de la prueba del Ministerio Público en la Casación N°953-2017-Lima?</p>	<p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS: Establecer cuáles son los límites entre el deber de justificación recaído en el funcionario o servidor público, y el deber de la carga de la prueba del Ministerio Público en la Casación N° 953-2017-Lima. Determinar cuándo nos encontramos ante un desbalance patrimonial no justificado para que constituya delito de</p>	<p>resultado de sus ingresos legítimos, a partir de entonces, que corresponde al funcionario la exigencia de probar tal incremento desmesurado.</p> <p>SUPUESTOS ESPECÍFICOS: El deber de justificación que corresponde al funcionario o servidor público sobre el incremento desmesurado de su patrimonio, importa que el agente demuestre la licitud de su solvencia económica en torno a su aumento, mientras que el deber de la carga de la prueba es desarrollado por el Ministerio Público y consiste en demostrar que aquel</p>	<p>VARIABLE DEPENDIENTE: Deber de la carga de la prueba.</p>	<p>INDICADORES DE LA VARIABLE DEPENDIENTE:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Enriquecimiento Ilícito. - Investigado debe acreditar el incremento. 	<p>1. DISEÑO: No experimental.</p> <p>2. MUESTRA: Casación N° 953-2017-Lima.</p> <p>3. POBLACIÓN: Todas las sentencias de la Corte Suprema de la Sala Penal Transitoria del año 2017, que tienen relación al delito de Enriquecimiento Ilícito.</p>
---	---	---	---	---	--

<p>¿Cuándo nos encontramos ante un desbalance patrimonial no justificado para que constituya delito de enriquecimiento ilícito en la Casación N° 953-2017-Lima?</p>	<p>enriquecimiento ilícito en la Casación N° 953-2017-Lima.</p> <p>Advertir el fundamento de incriminación del delito de enriquecimiento ilícito.</p> <p>Identificar el marco jurídico internacional y nacional del delito de enriquecimiento ilícito.</p>	<p>incremento patrimonial desproporcionado del imputado se habría dado en el periodo en que se desempeñó como funcionario público.</p> <p>Nos encontramos ante un desbalance patrimonial no justificado cuando el funcionario o servidor público no consigue acreditar fehacientemente que el incremento de su patrimonio ha sido producto de sus ingresos legítimo obtenido en el periodo de tiempo que ostentaba el cargo de funcionario público.</p>			<p>4. TÉCNICAS: Análisis documental.</p> <p>5. INSTRUMENTOS: Revisión de documentos y fichaje de materiales.</p>
---	--	---	--	--	--



SENTENCIA DE CASACIÓN

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Sumilla. Las fuentes internacionales, hacen mención a la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito, y de acuerdo a las causales la carga de probar, está circunscrita a demostrar la existencia del incremento patrimonial de un funcionario público, cuando son muy superiores a los que regularmente hubiera podido alcanzar como resultado de sus ingresos legítimos; y es a partir de ese instante, en que se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al funcionario el deber de acreditar que ese incremento desmesurado, ha tenido una causa justificada lícita.

Lima, diecisiete de agosto de dos mil dieciocho

VISTO: en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por el acusado **MANUEL ENRIQUE CÁRDENAS VALSECA** (folios seiscientos ochenta y tres a setecientos once) contra la Sentencia de Vista número cuatro, del veintiuno de junio del dos mil diecisiete (folios seiscientos cuarenta y ocho a seiscientos setenta y siete), que **confirmó** la sentencia expedida por el Segundo Juzgado Penal Unipersonal que: I. Condenó a Cárdenas Valseca, como autor del delito de enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado, imponiéndole cinco años de pena privativa de libertad, y de igual modo le impuso medidas limitativas de derechos por el plazo de un año. II. Confirmó la apelada en el extremo que declaró fundada en parte la pretensión resarcitoria, solicitada por el actor civil, respecto del ilícito de enriquecimiento ilícito, y en consecuencia estableció en 272 353,85 soles el monto que deberá abonar el sentenciado, a favor del Estado peruano; **revocó** la citada sentencia en el extremo que condenó al acusado al pago de costas, **reformándola** lo exoneraron de dicho pago.

Intervino como ponente el señor juez supremo **CHAVES ZAPATER.**



ANTECEDENTES

1. IMPUTACIÓN FÁCTICA FISCAL¹

El representante del Ministerio Público imputó a Manuel Enrique Cárdenas Valseca, que en su condición de funcionario público, cometió el delito de enriquecimiento ilícito, pues durante el periodo 2009 a 2012, obtuvo ingresos por un total de 2 545 722,50 soles, pero sus gastos fueron de 2 773 076,34 soles, se tuvo un desbalance patrimonial de 227 353,84 soles, que no han sido justificados conforme se apreció del informe pericial. Sostuvo que el imputado ha transgredido el código de ética, aprovechándose de su cargo, pues este laboró en el Servicio de Abastecimiento Técnico (SEBAT) como segundo comandante y, luego, fue designado al Departamento de Abastecimiento del Comando de Material (COMAT). En el SEBAT, se desempeñó en los cargos de jefe de la Oficina de Inspectoría (en el periodo 2009) y como segundo comandante (en los años 2010-2011), al ser designado como jefe del Departamento de Abastecimiento del COMAT (durante los años 2012-2013). Se le imputó haber incrementado su patrimonio desde enero de 2009 a agosto de 2012, produciéndose, como ya se anotó un desbalance de 227 353,84 soles, cuya mayor captación fue en los años 2011 y 2012, cuando se desempeñaba como segundo comandante del SEBAT. En cuanto a la acusada Clarisa Escobedo Paredes, el Ministerio Público le atribuyó haber realizado diferentes ingresos a sus diversas cuentas bancarias, sin que estos pudieran ser justificados.

2. ITINERARIO DEL PROCESO

2.2. EN PRIMERA INSTANCIA

2.2.1. El señor fiscal provincial formuló acusación contra Manuel Enrique Cárdenas Valseca, en calidad de autor del delito de

¹ Folios 1 al 40 del cuaderno de debate-Tomo I.



enriquecimiento ilícito, sancionado en el artículo cuatrocientos uno del Código Penal, en agravio del Estado, y solicitó se le impongan seis años de pena privativa de libertad, e inhabilitación por el plazo de seis años conforme al artículo treinta y seis, numerales uno y dos, del mismo texto normativo; contra Clarisa Escobedo Paredes, en calidad de cómplice primaria, del delito de enriquecimiento ilícito, tipificado en el artículo cuatrocientos uno del citado código, en agravio del Estado; y solicitó se le impongan seis años de pena privativa de libertad, e inhabilitación por el periodo de seis años conforme al artículo antes citado, y se les obligue al pago de 454 707,68 soles por concepto de reparación civil a favor del Estado. Una vez que se llevó a cabo la audiencia de control de acusación (folio cuarenta y siete del cuaderno de debate), el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria dictó el auto de enjuiciamiento, declarando saneada la acusación fiscal y determinó, que el Juzgado competente para conocer el juicio oral es el Juzgado Penal Unipersonal de Lima (folio cuarenta y nueve).

2.2.2. En primera instancia, el Segundo Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, dictó la sentencia del veintidós de febrero de dos mil diecisiete (folios ciento cincuenta y tres a doscientos nueve), que absolvió de la acusación fiscal a Clarisa Escobedo Paredes, en su calidad de cómplice primaria del delito de enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado; y condenó a Cárdenas Valseca, como autor del mismo delito, previsto en el artículo cuatrocientos uno del Código Penal, en agravio del Estado, imponiéndole cinco años de pena privativa de libertad, y le impuso medidas limitativas de derechos por el plazo de un año; y declaró fundada en parte la pretensión resarcitoria, solicitada por el actor civil, la que estableció en 272 353,85 soles, que deberá abonar el sentenciado, a favor del Estado peruano; finalmente, lo condenó al pago de costas.



2.2.3. Contra esta sentencia, la defensa de Manuel Enrique Cárdenas Valseca (folios doscientos dieciséis a doscientos sesenta y tres), interpuso recurso de apelación, que fue concedido en el folio cuatrocientos quince, por la Primera Sala Penal de Apelaciones.

3. TRÁMITE IMPUGNATORIO EN SEGUNDA INSTANCIA

3.1. Efectuada la audiencia de apelación de sentencia, en las sesiones del diecisiete de mayo de dos mil diecisiete (folio seiscientos veinticinco), veintiséis de mayo de dos mil diecisiete (folio seiscientos treinta y tres), cinco de junio de dos mil diecisiete (folio seiscientos cuarenta) y el nueve de junio de dos mil diecisiete (folio seiscientos cuarenta y dos) el Tribunal de Apelación cumplió con dictar la sentencia de vista del veintiuno de junio de dos mil diecisiete (folio seiscientos cuarenta y ocho).

3.2. Tal sentencia de vista, ahora recurrida en casación, confirmó la resolución expedida por el Segundo Juzgado Penal Unipersonal que: I. Condenó a Cárdenas Valseca, como autor del delito de enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado, imponiéndole cinco años de pena privativa de libertad, y medidas limitativas de derechos por el plazo de un año. II. Confirmó además el extremo que declaró fundada en parte la pretensión resarcitoria, solicitada por el actor civil, respecto del ilícito de enriquecimiento ilícito, y en consecuencia estableció en 272 353,85 soles el monto que deberá abonar el sentenciado Cárdenas Valseca, a favor del Estado peruano, y **revocó** la citada sentencia en el extremo que lo condenó al pago de costas, **reformándola** lo exoneraron del pago.

4. TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN

4.1. Pronunciada la sentencia de vista y dentro del plazo legalmente establecido, el acusado Cárdenas Valseca, interpuso recurso de casación (folios seiscientos ochenta y tres a setecientos once), el que



fue concedido en el folio setecientos doce, elevándose a este Supremo Tribunal.

4.2. Cumplido el trámite de traslado a las partes, sin ofrecimiento de nuevas pruebas, esta Suprema Sala, por ejecutoria del once de diciembre de dos mil diecisiete (folios cien a ciento siete del cuadernillo), declaró **bien concedido** el recurso de casación propuesto por el acusado Manuel Enrique Cárdenas Valseca, por los motivos casacionales, propuestos: 1: Se precisen, los límites entre el deber de justificación recaído sobre el funcionario o servidor público, y el deber de la carga de la prueba del representante del Ministerio Público, en el delito de enriquecimiento ilícito. Al no encontrarse precisados tales límites, se vulneró el principio de la carga de la prueba, al exigírsele al acusado demostrar aspectos que no le competen (ello en relación con el artículo cuatrocientos veintinueve, numeral uno, del Código Procesal Penal); 2: Si la sola existencia de un desbalance patrimonial no justificado en un funcionario o servidor público deviene automáticamente en delito de enriquecimiento ilícito por la mera convergencia circunstancial del cargo público desempeñado, sin que se requiera un mínimo sustento probatorio o de corroboración que permita concluir adecuadamente en la vulneración de sus funciones (artículo cuatrocientos veintinueve, numeral tres, del CPP).

Se declaró bien concedido el recurso por esta Suprema Sala al considerar que los temas propuestos por el casacionista, cumplieron con los requisitos de procedencia y en estos extremos se precisa revisar la materia y expedir un pronunciamiento de fondo, sobre aspectos doctrinarios que requieren desarrollo por Corte Suprema.

4.3. Tramitado el expediente en Secretaría, se señaló fecha para la audiencia de casación el día diecinueve de julio de dos mil dieciocho y luego de ser debidamente notificadas las partes



procesales, estas asistieron. Se dejó expresa constancia de su concurrencia y fueron escuchadas por la Sala.

4.4. Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia, absolviendo el grado la que se leerá en acto público, conforme con los artículos cuatrocientos treinta y uno, numeral cuatro, del Código Procesal Penal, y cuatrocientos veinticinco, numeral cuatro, del Código Adjetivo.

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

5. Los motivos casacionales: **I.** Respecto de la carga de la prueba. Hasta qué punto está obligado el acusado a demostrar su solvencia económica. **II.** Si la sola existencia de un desbalance patrimonial no justificado en un funcionario o servidor público deviene automáticamente en delito de enriquecimiento ilícito por la mera convergencia circunstancial del cargo público desempeñado, sin que se requiera un mínimo sustento probatorio o de corroboración que permita concluir adecuadamente en la vulneración de sus funciones.

5.1. El artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción², respecto al enriquecimiento ilícito, sostiene que: “Con

² Esta Convención, que fue el primer instrumento jurídico internacional en este campo, menciona expresamente entre sus fundamentos, el reconocimiento de la trascendencia internacional de la corrupción y la necesidad de contar con un instrumento de tal carácter que promueva y facilite la cooperación entre los países para combatirla, y consecuentemente con esta motivación, se fijó dos propósitos: El primero, promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Parte, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. Y, el segundo, promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Parte a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

La CICC establece obligaciones vinculantes dentro del marco del derecho internacional e identifica los actos de corrupción a los que se aplicará, así como principios para combatir eficazmente la corrupción. Subraya la importancia de las medidas para prevenirla; aborda el desarrollo institucional y la aplicación efectiva de las medidas que se adopten para enfrentarla; exige la tipificación de ciertas conductas corruptas específicas; y contiene



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

5.2. El artículo veinte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, enriquecimiento ilícito, sostiene que: "Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que **no pueda ser razonablemente justificado por él.**"

5.3. El artículo cincuenta y cinco de la Constitución Política del Estado, refiere que los Tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional.

5.4. Artículo cuatro del Convenio de La Haya, sostiene que: "La Apostilla prevista en el artículo tres, párrafo primero, se colocará sobre el propio documento o sobre una prolongación del mismo y deberá acomodarse al modelo anexo al presente convenio. Sin embargo, la Apostilla podrá redactarse en la lengua oficial de la autoridad que la expida. Las menciones que figuren en ella podrán también ser escritas en una segunda lengua. El título "Apostille (Convention de La Haye du 5 octobre 1961)" deberá mencionarse en lengua francesa."

disposiciones sobre extradición, incautación de activos, asistencia jurídica recíproca y asistencia técnica en casos de corrupción que ocurran en otros Estados Parte o que los afecten. (http://www.oas.org/juridico/spanish/faq_ac_sp.htm)



5.5. Las fuentes internacionales antes citadas, hacen mención a la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito, y nos muestra de un modo relativo la inversión de la carga de la prueba. En donde la carga de probar, está circunscrita a demostrar la existencia del incremento patrimonial de un funcionario público, cuando son muy superiores a los que regularmente hubiera podido alcanzar como resultado de sus ingresos legítimos; y es a partir de ese instante, en que se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al funcionario el deber de acreditar que ese incremento desmesurado, ha tenido una causa justificada lícita.

5.6. En el caso en concreto el Ministerio Público acusó a Manuel Enrique Cárdenas Valseca –comandante de la Fuerza Aérea del Perú– que, en su condición de funcionario público, perpetró el delito de enriquecimiento ilícito, ayudado por su coimputada Clarisa Escobedo Paredes –esposa–. Preciso que fue en el periodo 2009 a 2012 donde obtuvo ingresos por un total de 2 545 722,50 soles, pero sus gastos fueron de 2 773 076,34 soles, se tuvo un desbalance patrimonial de 227 353,84 soles, el cual ha sido acreditado con la declaración del perito Rolando Marcelo Julca Rodríguez (folio 95) quien señaló que el objeto del Informe Pericial N.º 063-2013, era practicar una pericia contable en el patrimonio del acusado, a fin de determinar si existió un desbalance patrimonial en el periodo comprendido entre enero de 2009 y agosto de 2012. Para lograr su cometido utilizó la metodología basada en la experiencia, así como la documentación presentada en la investigación, por parte de la Fiscalía y la Contraloría, de igual forma, indicó que tuvo a la vista toda la documentación de la investigación contable efectuada por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos–SUNARP, Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria–SUNAT. Preciso que encontró un desbalance de 213 264,00



soles. Informe pericial que fue ampliado, en el cual concluyó como desbalance patrimonial final en 227 353,84 soles.

PERIODO	INGRESOS	EGRESOS	TOTAL, ANUAL
2009	273 850,22	164 597,44	109 252,78
2010	844 723,67	798 701,14	46 022,53
2011	1 043 991,02	1 181 739,88	-137 748,86
2012	383 157,59	628 037,88	-244 880,29
TOTAL	2 545 722,50	2 773 076,34	-227 353,84

5.7. La defensa del acusado pretende acreditar su incremento patrimonial, al sostener que el testigo Fernando Rojas Rojas, quien radica en Venezuela, le prestó 93 000,00 dólares, con quien celebró los siguientes contratos de préstamo: el primero celebrado el nueve de abril de dos mil nueve, por el monto de 30 000,00 dólares; segundo préstamo el doce de febrero de dos mil diez, por el igual monto, y finalmente el cuatro de octubre de dos mil once por 33 000,00 dólares; y para acreditar la solvencia económica de Rojas Rojas, se presentaron varios documentos (folio 420 y siguientes) que revelarían su titularidad en diversos bienes inmuebles e ingresos económicos, como los documentos referidos a contratos de arrendamiento, compromiso de compraventa, contratos de compraventa entre otro. Se debe tener en consideración que todos esos documentos han sido elaborados en la República Bolivariana de Venezuela, y su legalización corresponde a notarios públicos de dicho país, por lo que de conformidad con el artículo uno de la Convención de la Haya sobre abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros de mil novecientos sesenta y uno, que entró en vigencia en el Perú el treinta de setiembre de dos mil diez, de la cual también Venezuela es parte, los documentos públicos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado contratante y que deban ser



presentados en el territorio de otro Estado, deberán cumplir con las formalidades de apostillado que establece dicho convenio. Documentos que fueron admitidos por el Colegiado Superior como prueba nueva, para su actuación en juicio de apelación, los que no cumplen con el procedimiento de apostillado que exige la Convención de La Haya, para que un documento público elaborado en el extranjero ingrese válidamente al territorio de otro Estado y produzca efectos jurídicos, por cuanto no cuenta con una certificación efectuada por la autoridad competente del Estado en el cual se originó el documento y tampoco se ha colocado el título "APOSTILLE" como exige el artículo cuatro de la anotada norma internacional. Por lo tanto, los mencionados documentos, de conformidad con la Convención de La Haya carecen de validez para producir efectos jurídicos en el Perú; en ese sentido, no sirven para acreditar la solvencia económica de Luis Fernando Rojas Rojas.

5.8. Respecto de la acreditación del préstamo de 93 000,00 dólares que el sentenciado Cárdenas Valseca, refiere haber recibido del prestamista Rojas Rojas. No se ha obtenido en juicio medio de prueba alguno, más allá del dicho de la persona del acusado Cárdenas Valseca, que acredite la existencia de un préstamo por la suma de 93 000,00 dólares que dice haber recibido de su cuñado Rojas Rojas, no pasando desapercibido que el artículo cuatro de Ley de Bancarización N.º 28194, exige que toda operación que supere los 5 000,00 soles o su equivalente a 1 500,00 dólares, tiene que pasar por un medio financiero; por lo que al no existir la formalidad financiera, no estarían justificados los actos del préstamo.

5.9. El representante del Ministerio Público, demostró la existencia de un incremento patrimonial desproporcionado del acusado, conforme a sus ingresos regulares, en el tiempo que desempeñó el cargo de funcionario público, sin embargo, al no haber acreditado el acusado



la licitud de su solvencia económica, de manera razonablemente creíble, corresponde desestimar el recurso de casación.

5.10. Se debe tener en cuenta que para los autores José Ugaz Sánchez-Moreno y Francisco Ugaz Heuderbert, en su obra: *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*, sostienen con respecto al artículo cuatrocientos uno del Código Penal, "esta norma contiene una disposición que ha sido muy criticada al establecer un criterio indiciario de la comisión del delito que implicaría una inversión de la carga de la prueba, pues señala que considerará que existen indicios de enriquecimiento ilícito cuando el funcionario o servidor público aumenta notoriamente su patrimonio o poder adquisitivo. Estos incrementos del patrimonio y gasto deberán ser muy superiores a los que normalmente haya podido obtener como consecuencia de sus ingresos legítimos. Cuando ello ocurra, corresponderá al funcionario destruir la presunción indiciaria acreditando la licitud de su solvencia económica. Pese a las críticas, esta disposición ha sido incorporada en muchas legislaciones e incluso forma parte de tratados internacionales como las convenciones anticorrupción."

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon: INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el acusado **MANUEL ENRIQUE CÁRDENAS VALSECA** (folios seiscientos ochenta y tres a setecientos once); en consecuencia: **NO CASARON** la sentencia de vista número cuatro del veintiuno de junio de dos mil diecisiete (folios seiscientos cuarenta y ocho a seiscientos setenta y siete), que confirmó la sentencia expedida por el Segundo Juzgado Penal Unipersonal que: I. Condenó a Manuel Enrique Cárdenas



Valseca, como autor del delito de enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado, imponiéndole cinco años de pena privativa de libertad, y de igual modo le impuso medidas limitativas de derechos por el plazo de un año. II. Confirmó la apelada en el extremo que declaró fundada en parte la pretensión resarcitoria, solicitada por el actor civil, respecto del ilícito de enriquecimiento ilícito, y en consecuencia estableció en 272 353,85 soles que deberá abonar el sentenciado Cárdenas Valseca, a favor del el Estado peruano, y **revocó** la citada sentencia, en el extremo que condenó al pago de costas al acusado Cárdenas Valseca, **reformándola** lo exoneraron de tal pago.

II. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes, y se publique en el diario oficial "El Peruano", de conformidad con lo previsto en el artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

III. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el presente proceso al Órgano Jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema, y se notifique a las partes procesales.

S. S.

LECAROS CORNEJO

SALAS ARENAS

QUINTANILLA CHACÓN

CHAVES ZAPATER

CASTAÑEDA ESPINOZA

Chz/hnt



FUNDAMENTO PROPIO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO SALAS ARENAS RESPECTO A LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO:

Lima, diecisiete de agosto de dos mil dieciocho

Compartiendo el fondo de la decisión estimo necesario precisar que:

1. En el fundamento cinco punto cinco de la ejecutoria suprema se expresa que el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción y el artículo veinte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establecen, de manera relativa, la inversión de la carga de la prueba, debido a que el funcionario público debe acreditar que el desbalance patrimonial tuvo una causa justificada lícita.
2. Estimo que los citados artículos no señalan que en el delito de enriquecimiento ilícito exista inversión de la carga de probar. Una afirmación tal sentido podría afectar la presunción de inocencia y la no autoincriminación. En el fundamento jurídico décimo cuarto del Recurso de Nulidad N° 2939-2015-Lima, se señaló que "entender que el delito de enriquecimiento ilícito exige una justificación razonable al funcionario o servidor público colisiona con el derecho del procesado a guardar silencio frente a la imputación; actitud que puede tener sustento en el derecho a la no autoincriminación, de tesitura igualmente convencional y, por ende, constitucional" (sic).

En el delito de enriquecimiento ilícito no hay en estricto una inversión de la carga de la prueba, sino una distribución de la carga de la prueba³, debido a que el señor representante del Ministerio Público, como titular de la acción penal, debe probar la existencia del desbalance patrimonial, mientras que el funcionario público, en el ejercicio del derecho de defensa que lo asiste, podrá responder al indicio imputado por el señor fiscal⁴.

S. S.

SALAS ARENAS

³ MONTROYA, Yván. (2012). Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú. "El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión". IDEHPUCP. Lima. p. 58.

⁴ Ob. Cit. p. 59.

ANEXO N° 2: Proyecto de Ley.

PROYECTO DE LEY

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La regulación del delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 401° del Código Penal, viene acompañado de una serie de deficiencias técnico legislativas que al tiempo de su aplicación al caso concreto reviste de problemas normativos que colisionan con la Constitución Política del Perú en relación a la presunción de inocencia de un procesado, que por tratarse de un delito especial propio y de infracción de deber, el imputado únicamente lo será un funcionario o servidor público.

Conforme se tiene de la construcción dogmática del enriquecimiento ilícito en el Código Penal peruano, en su tercer párrafo se prevé una norma de carácter procesal referido a la prueba indiciaria que hace presumir la existencia del enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del empleado 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 otras causa lícita.

En relación a este tercer párrafo, a nivel de doctrina nos explica REÁTEGUI SÁNCHEZ⁽¹⁾, que, “esta situación fáctica no es necesariamente un acto de enriquecerse, como ya se expuso anteriormente, lo que permite descartar se trata de un delito doloso activo. Se trata de una situación objetiva que general la obligación de actuar para evitar la lesión del bien jurídico protegido (imagen de transparencia). Es “objetiva porque una persona se puede enriquecer de muchísimas formas distintas de la adquisición consciente y voluntaria de bienes”.

Así pues, este tercer párrafo importa una triple problemática en la *praxis* forense; el primero, en razón a regular una norma procesal en el contexto de un cuerpo

(¹) REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. (2017). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. (2° edición). Jurista Editores. Pág. 1070.

normativo sustantivo donde se regulan los principios generales del derecho penal peruano, así como la Parte General (instituciones de la dogmática jurídico-penal) y la Parte Especial (delitos y faltas), esta norma adjetiva se refiere a la prueba indiciaria que presume el enriquecimiento ilícito, que, como tal, no constituye un elemento del tipo penal sino trata de una estipulación que prevé una situación procesal; lo segundo, es consecuencia del primero, esto es, al tratarse de una norma procesal que presume el enriquecimiento ilícito se extiende a la conclusión de suponer la culpabilidad del empleado público en caso de que este no alcance a acreditar razonablemente la licitud de su incremento patrimonial, lo que supone una contravención a la presunción de inocencia donde se asume una posición de responsabilidad penal del empleado público cuando su autoría no ha sido acreditada en un proceso penal, sino que se adopta un criterio que presume su participación delictiva por cuestiones objetivas, situación que prohíbe el Código Penal en su Artículo VII del Título Preliminar, y, por ende, el contenido de la norma penal resulta inconstitucional por colisionar con la presunción de inocencia, preceptuado en el artículo 2° inciso 24) literal “e” de la Constitución Política del Perú; y, el tercero, considerando la presunción del enriquecimiento ilícito le corresponderá al funcionario o servidor público demostrar razonablemente que el incremento de su patrimonio es lícito, lo que implica una inversión de la carga de la prueba de modo relativo para probar el delito, cuando es sabido que es el Ministerio Público como titular de la acción penal que tiene el deber de la carga de la prueba, tal como manda el Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, esto, presupone en consecuencia, una vulneración al principio de legalidad procesal.

Al respecto, la doctrina penalista se encuentra a favor de la inconstitucionalidad que desborda este tercer párrafo cuyos efectos lesivos se extienden al ámbito procesal penal (inversión de la carga probatoria) y constitucional (presunción de inocencia), y cuya tipificación no es propia de un derecho penal respetuoso de los derechos de las personas; en tal sentido, refiere el profesor PEÑA CABRERA FREYRE⁽²⁾, que, “el delito de enriquecimiento ilícito, por tanto, no puede fundarse

(²) PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. (2016). *Derecho Penal. Parte Especial*. (3° edición, T. V). IDEMSA. Págs. 729 y ss.

en una mera *presunción*, sino en datos, en evidencias, indicios que en su conjunto, puedan construir una teoría del caso incriminatoria, capaz de enervar el principio de presunción de inocencia que favorece al imputado. No se puede convertir a las *presunciones legales* y a una *base indiciaria*, en hechos probados, sin que haya cotejado su veracidad con distintos medios de prueba, bajo las reglas constitucionales de juzgamiento”.

Bajo ese contexto descrito, el tercer párrafo del artículo 401° del Código Penal es una clara manifestación de la deficiente técnica legislativa en el que incurre el legislador peruano en su esfuerzo por construir una correcta estructura típica del enriquecimiento ilícito; máxime, cuando la creación e incorporación de delitos y faltas al Código Penal debe obedecer a criterios razonables fundados en la Constitución Política del Estado y el Título Preliminar del Código Penal, en claro respeto a las garantías de un proceso penal constitucionalizado en cortesía con los derechos fundamentales de un imputado; por tal motivo, resulta necesario una modificación al artículo 401° del Código Penal, en el extremo de **suprimir** el tercer párrafo que regula la prueba indiciaria del enriquecimiento ilícito.

II. ANÁLISIS DEL COSTO-BENEFICIO

La dación de la presente ley y su procedimiento, no va generar gastos al Estado, puesto que su materialización se realizará solo de manera normativa.

III. PROPUESTA NORMATIVA

“LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 401° DEL CÓDIGO PENAL PERUANO, **SUPRIMIENDO EL TERCER PÁRRAFO** QUE REGULA LA PRUEBA INDICIARIA”

ARTÍCULO 401°.- ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

“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 antejuicio 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”.

Quedando el artículo de la siguiente manera:

“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 antejuicio 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”.

Comuníquese al Señor Presidente de la República para su promulgación.

Dado en la ciudad de Lima, a los días del mes del año 2022.



UNIVERSIDAD CIENTIFICA DEL PERU

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



“EL DEBER DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO: CASACION N° 953-2017-LIMA”

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTADO POR LAS BACHILLERES :

AUTORAS:

López Ruiz, Katherin Beatriz
Rodríguez Iozano, Fernanda Cecilia



CASACION 953-2017



Acusado: MANUEL ENRIQUE CÁRDENAS VALSECA	
CASACION 953-2017	Servicio de abastecimiento técnico (SEBAT)
	Departamento de Abastecimiento del comando de material COMAT
C A R G O	
AÑOS	2009 Jefe de la oficina de inspectoria
	2010 Segundo comandante
	2011
	2012 Jefe del departamento de abastecimiento
	2013 del COMAT

IMPUTACION FISCAL CONCRETA



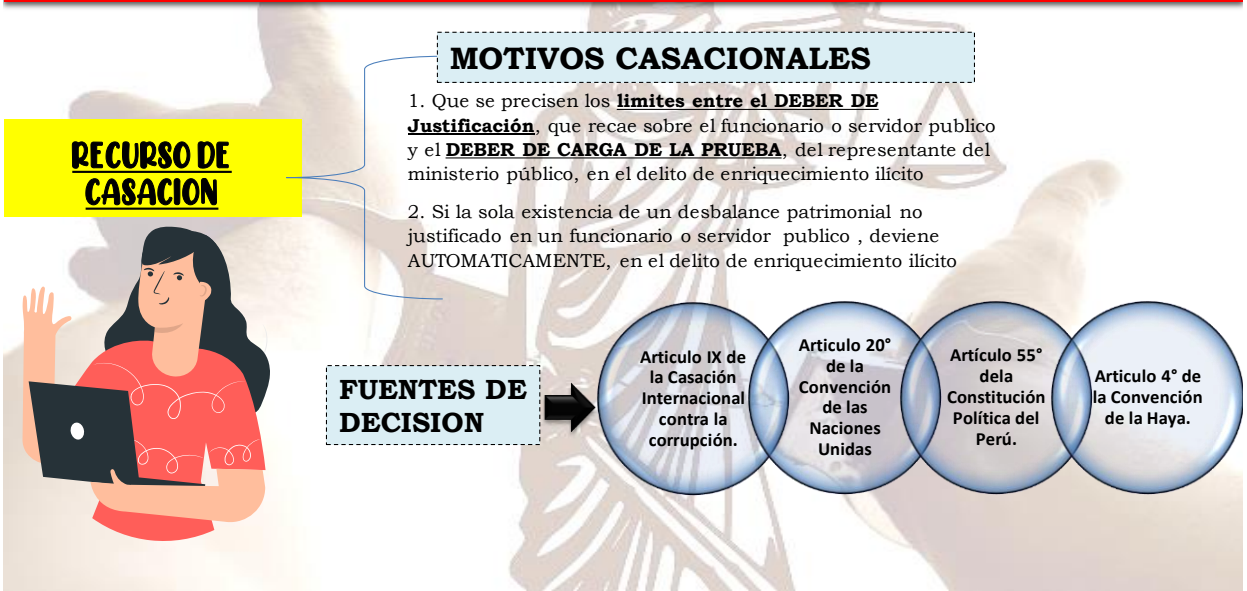
Se le imputa haber incrementado su patrimonio desde enero 2009 hasta agosto 2012, produciéndose un desbalance desmesurado, cuya mayor captación fue en los años **2011 y 2012**, cuando se desempeñaba como segundo comandante, incurriendo en un delito de **infracción del deber especial**, debido a que mantiene una vinculación exclusiva-

	IMPUTACION CONCRETA	DELITO	QUE SANCIONA	¿Cómo SE ACREDITA EL DAÑO?
	Haber incrementado su patrimonio desde enero 2009 hasta agosto 2012 , produciéndose un desbalance desmesurado, de sus ingresos durante el ejercicio de su cargo.	Enriquecimiento Ilícito. Art 401° del código penal vigente.	Sanciona al funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio, respecto sus ingresos legítimos	Se acredita a través de la existencia de un incremento significativo, superior y contrastante en su declaración jurada de bienes y rentas.

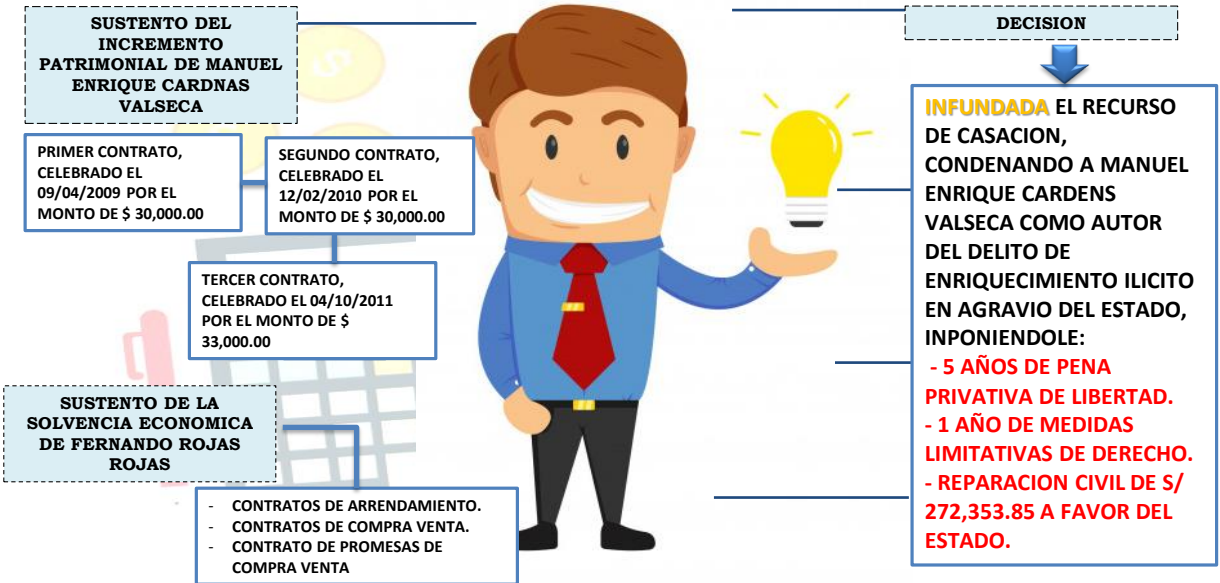
“ITINERARIO DEL PROCESO ”



“ITINERARIO DEL PROCESO ”



“ITINERARIO DEL PROCESO”



MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO: "EL DEBER DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: CASACION N°953-2017-LIMA".

PROBLEMAS	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>PROBLEMA GENERAL: ¿Cuándo se invierte el deber de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito?</p> <p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS: ¿Cuáles son los límites entre el deber de justificación</p>	<p>OBJETIVO GENERAL: Identificar cuando se invierte el deber de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS: Identificar cuáles son los límites entre el deber de justificación</p>	<p>SUPUESTO GENERAL: El deber de la carga de la prueba se invierte cuando existe un incremento patrimonial no justificado del funcionario o servidor público, cuando son muy elevados a los que regularmente hubiera podido alcanzar como resultado de sus ingresos legítimos, a partir de entonces, que corresponde al funcionario la exigencia de probar tal incremento desmesurado.</p> <p>SUPUESTOS ESPECÍFICOS: El deber de justificación que corresponde al funcionario o servidor público sobre el incremento desmesurado de su patrimonio, importa que el agente demuestre la licitud de</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE: El delito de enriquecimiento ilícito.</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE: Deber de la carga de la prueba.</p>	<p>INDICADORES INDEPENDIENTES: - Carga de la prueba. - Desbalance patrimonial.</p> <p>INDICADORES DEPENDIENTES: - Enriquecimiento Ilícito. - El investigado tiene el deber de acreditar su incremento patrimonial.</p>	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Enfoque cualitativo de tipo socio jurídico, dentro de un nivel de investigación tipo descriptiva.</p> <p>1. DISEÑO: No experimental.</p> <p>2. POBLACION: Todas las sentencias de la Corte Superior de la Sala Penal Transitoria del año 2017.</p>

<p>recaído en el funcionario o servidor público, y el deber de la carga de la prueba del Ministerio Público en la Casación N°953-2017-Lima?</p> <p>¿Cuándo nos encontramos ante un desbalance patrimonial no justificado para que constituya delito de enriquecimiento ilícito en la Casación N° 953-2017-Lima?</p>	<p>recaído en el funcionario o servidor público, y el deber de la carga de la prueba del Ministerio Público en la Casación N° 953-2017-Lima.</p> <p>Determinar cuándo nos encontramos ante un desbalance patrimonial no justificado para que constituya delito de enriquecimiento ilícito en la Casación N° 953-2017-Lima.</p>	<p>su solvencia económica en torno al aumento de su patrimonio, mientras que el deber de la carga de la prueba es desarrollada por el Ministerio Público que consiste en demostrar que aquel incremento patrimonial desproporcionado del imputado se habría dado en el periodo en que se desempeñó como funcionario público, teniéndose en cuenta los ingresos legítimos que este habría percibido.</p> <p>Nos encontramos ante un desbalance patrimonial no justificado cuando el funcionario o servidor público no consigue acreditar fehacientemente que el incremento de su patrimonio ha sido producto de sus ingresos legítimo obtenido en el periodo de tiempo que ostentaba el cargo de funcionario público.</p>			<p>3. MUESTRA: Casación N° 953-2017-Lima.</p> <p>4. TÉCNICAS: Revisión y análisis de documentos.</p> <p>5. INSTRUMENTOS: Ficha de materiales.</p>
---	--	--	--	--	--

MARCO TEORICO – ANTECEDENTES



La investigación que se presenta , tiene como antecedentes de estudio diferentes tesis que se encuentran relacionadas con el tema central que es el delito de enriquecimiento ilícito

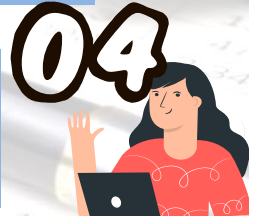
01
RECURSO DE NULIDAD
N°2939-2015 – LIMA

02
Tesis : “La inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito tipificado en el artículo 401 del código penal peruano y la vulneración del derecho a la presunción de inocencia

03

Tesis : “El bien jurídico específico en el delito de enriquecimiento ilícito”
Autor : Pezo Roncal, Cecilia Alexandra – Lima 2014

04
Tesis : “El enriquecimiento ilícito y la actividad funcional Publica en Lima Sur 2017-2018 ”
Autor: Leguía Casimiro, Alfonso Daniel – Lima 2018



MARCO JURIDICO



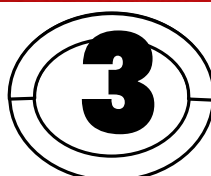
CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

ARTICULO IX



CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

ARTICULO 20°



CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

ARTICULO 39, 40, 41 Y 42



CODIGO PENAL

ARTICULO 401°



FUENTES Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS



FUENTES NORMATIVAS



LEGISLACION ARGENTINA

LEGISLACION COLOMBIANA

CODIGO PENAL 1924

CODIGO PENAL 1991



LEGISLACION ARGENTINA



1

PROYECTO DE LEY
1936

Diputado Rodolfo Segura

AÑO : 1936

Creación de un registro nacional de bienes de funcionarios y empleados públicos

2

PROYECTO DEL CODIGO PENAL ARGENTINO
1937

Senador Jose Peco

Publicado en 1942

Ubicado al delito en su articulo 323

3

PROYECTO DEL CODIGO PENAL
1960

Sebastián Soler

Mejora dicha propuesta

4

CODIGO PENAL
1921

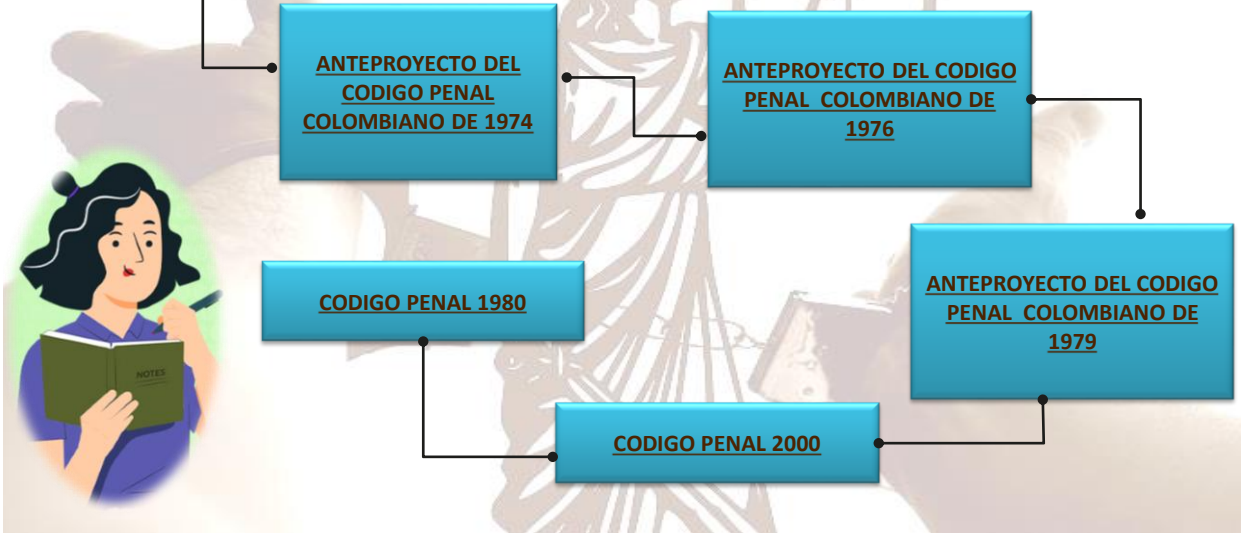
Ricardo Nuñez

El texto definitivo argentino se encuentra desarrollado en la Ley. 16.648 de fecha 20 de Octubre de 1994.



Fuentes y Antecedentes

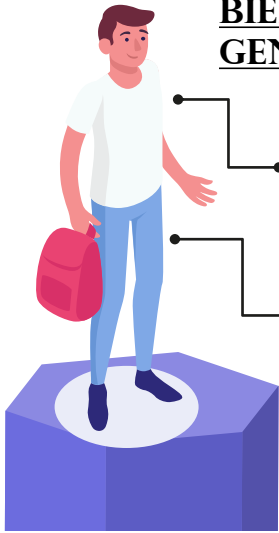
LEGISLACION COLOMBIANA





BIEN JURIDICO PROTEGIDO

BIEN JURIDICO GENERICO



Recto y normal desarrollo o desenvolvimiento de la administración Publica

Transgrede valores, con la única intención de procurar satisfacer el interés general, desechando todo provecho personal

BIEN JURIDICO ESPECIFICO

El normal y correcto ejercicio de las funciones de los cargos y empleos públicos por parte de los funcionarios y/o servidores públicos



SUJETO ACTIVO – SUJETO PASIVO

**TIPICIDAD
OBJETIVA**

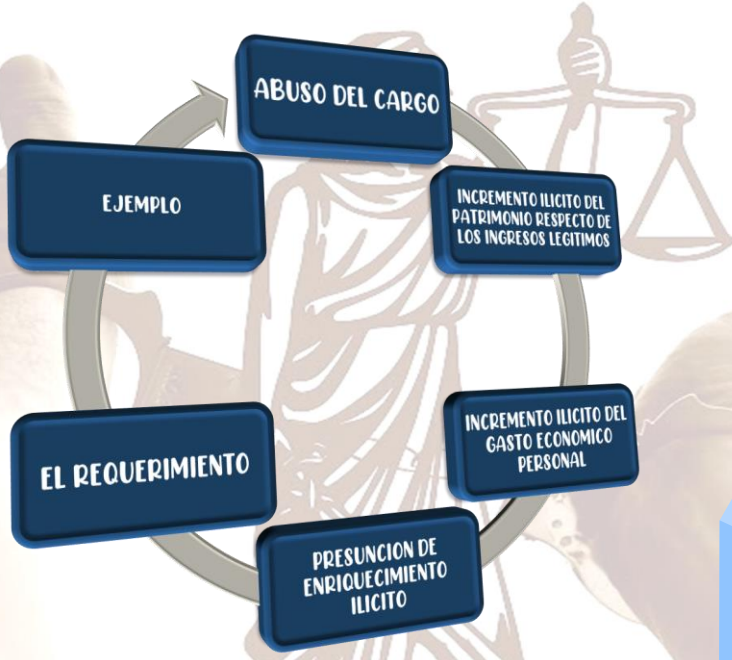


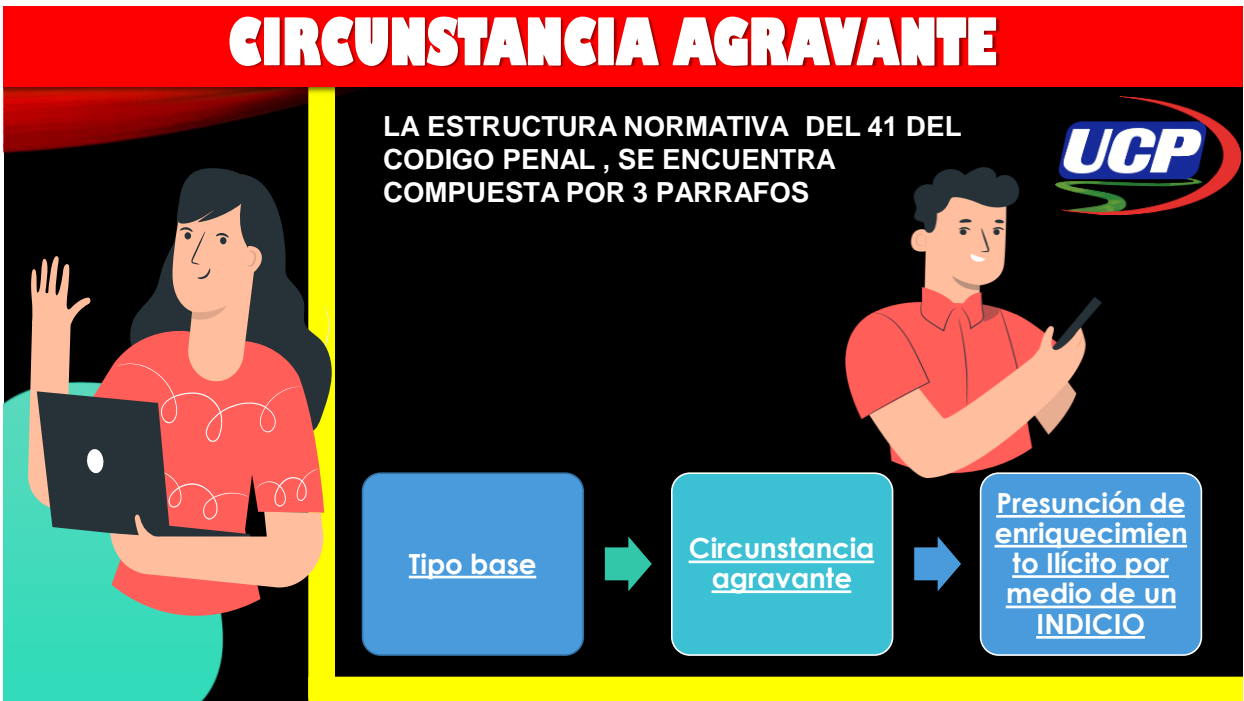
VERBO RECTOR

INCREMENTAR / ENRIQUECER



ACCION TIPICA DEL DELITO





01

FUNCIONARIOS DE ALTA DIRECCION EN LAS ENTIDADES, ORGANISMO O EMPRESAS DEL ESTADO

1. Mmiembros de los consejos directivos
2. Gerentes generales o centrales
3. Miembros de los consejos directivos o ejecutivos de los organismos
4. Asesores de la mas alta jerarquía
5. Presientes regionales
6. Alcaldes distritales, gerentes generales



FUNCIONARIOS PUBLICOS CON PRERROGATIVAS DE ANTEJUICIO Y ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL



Según el artículo 99 de la Carta Magna identifica aquellos funcionarios públicos

1. Presidente de la república.
2. Representantes del congreso
3. Ministros de Estados
4. Miembros del tribunal constitucional
5. Miembros del consejo nacional de la magistratura
6. Vocales de la corte suprema
7. Fiscales supremos
8. Defensor del Pueblo
9. Contralor general de la Republica

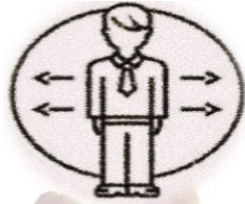
FINALIDAD

Gozan de una prerrogativa o privilegio funcional, llamado antejuicio político

¿QUÉ ES EL ANTEJUICIO?

No pueden ser procesados penalmente por una jurisdicción ordinaria por la comisión de un delito





CULPABILIDAD: IMPUTACION PERSONAL

1

IMPUTABILIDAD

PENALIDAD

PRIMER PARRAFO

- P.P.I. NO MENOR DE 5, NI MAYOR DE 10 AÑOS.
- PENA DE INHABILITACION DE 365 A 730 DIAS MULTA.

SGUNDO PARRAFO

- P.P.I. NO MENOR DE 10, NI MAYOR DE 15 AÑOS.
- PENA DE INHABILITACION DE 365 A 730 DIAS MULTA.

2

LA CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD

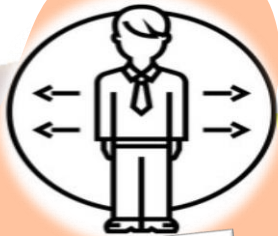
3

LA EXIGIBILIDAD DE LA CONDUCTA



EL MINISTERIO PUBLICO COMO TITULAR DE LA CARGA DE LA PRUEBA

EL DEBER DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILCITO



CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES



PROYECTO DE LEY



"LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 401° DEL CODIGO PENAL PERUANO, SUPRIMIENDO EL TERCER PARRAFO QUE REGULA LA PRUEBA INDICIARIA"

ARTÍCULO 401°.- ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

"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 antejuicio 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".

ARTÍCULO 401°.- ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

"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 antejuicio 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.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS



¡GRACIAS POR SU ATENCION!