

**Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria (p. 189)<sup>\*</sup>**

César Augusto Nakazaki Servigón  
 Profesor de Derecho Penal  
 Universidad de Lima  
 y Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque

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

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

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

**(p. 190)**

COMPOSICION TÍPICA DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO CONFORME AL ARTICULO 401 DEL CODIGO PENAL	
<p><b>BIEN JURÍDICO</b>                      El macro bien jurídico es el correcto funcionamiento de la administración pública y el micro bien jurídico u objeto específico de tutela penal es el deber de honradez del funcionario público.</p>	
PARTE OBJETIVA DEL TIPO	PARTE SUBJETIVA DEL TIPO
<p>1) Sujetos.</p> <p>Siendo un tipo cualificado por el agente, sujeto activo solamente puede serlo el funcionario o servidor público que actúe poseyendo competencia en razón de la función o del cargo.</p> <p>El sujeto pasivo es el Estado.</p>	<p>1) Dolo.</p> <p>El conocimiento y voluntad de los elementos de la parte objetiva del tipo; esto es que el dolo abarque el enriquecimiento ilícito que significa el desbalance patrimonial provocado por un incremento injustificado.</p>
<p>2) Acción típica.</p> <p>Pese a que en la fórmula legal se advierte que el delito consiste en un enriquecimiento ilícito, no existe en el tipo penal prevista una acción de forma específica <sup>1</sup>:</p>	

<sup>\*</sup> Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 33, Enero – Diciembre 2002, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial.

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

<p>El enriquecimiento ilícito se tiene que delimitar recurriendo a la dogmática jurídica, la que permite establecer que éste se daría de verificarse un contraste o desbalance injustificado y ostensible en el patrimonio del agente comparado antes, durante y después del ser funcionario o servidor público.<sup>2</sup></p>	
<p>3) Enriquecimiento significativo.</p> <p>Es un elemento normativo del tipo que asigna relevancia penal solamente a un desbalance patrimonial que signifique enriquecimiento, esto es, que el incremento que lo produce sea de apreciable contenido patrimonial, considerando para ello por ejemplo, el nivel remunerativo del sujeto activo o la composición de su patrimonio.</p>	
<p>4) Enriquecimiento ilícito.</p> <p>Es un elemento normativo del tipo que exige el verificar que el sujeto activo no tiene justificación para el incremento patrimonial detectado.</p>	
<p>5) Relación o nexo funcional.</p> <p>Es un elemento normativo del tipo que exige la existencia de un vínculo funcional entre el cargo del agente y el incremento patrimonial no justificado.</p>	

(p. 191)

### 1) Presentación del problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito.

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

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

<sup>2</sup> Fidel Rojas Vargas, Delitos contra la Administración Pública, Página 466, Grijley, Lima, Perú, 2001.

## 2) Naturaleza subsidiaria del tipo penal de enriquecimiento ilícito del artículo 401 del Código Penal.

Entre los tipos penales de cohecho pasivo, en sus dos modalidades, y el supuesto típico de enriquecimiento ilícito existe una relación de subsidiaridad tácita que se verifica al efectuar la operación de interpretación del tipo penal del artículo 401.

El examen dogmático jurídico del supuesto típico de enriquecimiento ilícito permite establecer la siguiente estructura típica:

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

Sebastián SOLER<sup>4</sup>, Jorge E. BUOMPADRE<sup>5</sup>, Marcelo SANCINETTI<sup>6</sup>, Edgardo Alberto DONNA<sup>7</sup>, Jorge Luis VILLADA<sup>8</sup>, Erleans de Jesús PEÑA OSSA<sup>9</sup>, William René PARRA GUTIERREZ<sup>10</sup> y Alfonso GOMEZ MÉNDEZ<sup>11</sup> establecen que el fundamento del enriquecimiento ilícito es la prevención de la impunidad de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios o servidores públicos por dificultades probatorias; (p. 192) en efecto ante la perjudicial impresión social que generaba el absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación, por no poder probar el delito que permitió su acumulación, se optó por el recurso de crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito que se utilizaría precisamente en los casos en los que no se acreditase la actividad criminal que llevó a cabo el funcionario público para la obtención del patrimonio sin justificación legal.

Sebastián SOLER:

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

---

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

<sup>4</sup> Sebastian Soler, Derecho Penal Argentino, Página 205, TEA, Buenos Aires, Argentina, 1978.

<sup>5</sup> Jorge E. Buompadre, Delitos contra la Administración Pública, Página 339, Mave Editor, Buenos Aires, Argentina, 2001.

<sup>6</sup> Marcelo A. Sancinetti, El Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público, 2º Edición, Páginas 17 y 18, Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2000.

<sup>7</sup> Edgardo Alberto Donna, Delitos contra la Administración Pública, Página 392, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2000.

<sup>8</sup> Jorge Luis Villada, Delitos contra la Función Pública, Página 383, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999.

<sup>9</sup> Erleans de Jesús Peña Ossa, Delitos contra la Administración Pública, Página 201, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, Colombia, 1995.

<sup>10</sup> William René Parra Gutiérrez, Delitos contra la Administración Pública, Página 164, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1998.

<sup>11</sup> Alfonso Gómez Méndez, Delitos contra la Administración Pública, Páginas 254 y 255, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2000.

El empleo de esa clase de mecanismos multiplica las dificultades probatorias ya en sí considerables en toda esa clase de delitos, y ello ha sido causa de que en numerosos antecedentes de la actual disposición se tienda a procurar una especie de delito presuntivo o se sospecha, o directamente se establezcan presunciones de culpabilidad...

Para salvar esa dificultad, se ha dicho que lo más expeditivo consiste en crear una figura fundada en la presunción de ilicitud del enriquecimiento, contra el que no pruebe la corrección del incremento patrimonial.”<sup>12</sup>

Jorge E. **BUOMPADRE**:

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

Marcelo A. **SANCINETTI** :

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

---

<sup>12</sup> Sebastián Soler, Obra citada, Páginas 204 y 205.

<sup>13</sup> Jorge E. Buompadre, Obra citada, Página 339.

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

Edgardo Alberto **DONNA**:

(p. 193)

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

Jorge Luis **VILLADA**:

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

Erleans de Jesús **PEÑA OSSA**:

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

---

<sup>14</sup> Marcelo A. Sancinetti, Obra citada, Páginas 17 y 18.

<sup>15</sup> Edgardo Alberto Donna, Obra citada, Página 392.

<sup>16</sup> Jorge Luis Villada, Obra citada, Página 383.

<sup>17</sup> Erleans de Jesús Peña Ossa, Obra citada, Página 201.

William René **PARRA GUTIERREZ**:

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

Alfonso **GOMEZ MENDEZ**:

“Es decir, que si se demuestra que un empleado oficial se enriqueció injustificadamente por razón de su cargo o de las funciones propias de éste, pero la prueba no permite establecer con precisión si el incremento patrimonial fue producto de un peculado, de un cohecho, de una concusión, etc, habría necesidad de absolverlo si no existiera en el Código de figura del enriquecimiento ilícito, concebida precisamente para suplir esta falta de precisión probatoria.

Porque si la prueba permite deducir con certeza que el incremento patrimonial fue el producto del peculado, de un cohecho, pues obviamente al empleado oficial se le condenará por el peculado, o por el cohecho, o por el delito contra la Administración Pública que con precisión se hubiese establecido.”<sup>19</sup>

El tipo penal de enriquecimiento ilícito opera cuando se trata de un funcionario o servidor público **al que no se le ha podido probar que haya cometido delito contra la administración pública**, pero si se demuestra el incremento patrimonial no justificado significativo que se presume el mismo produjo.

El fundamento político criminal del tipo penal de enriquecimiento ilícito, o su ratio legis, es el que permite establecer el carácter subsidiario del supuesto típico del artículo 401.

**(p. 194)**

La doctrina nacional de forma predominante reconoce la subsidiaridad del supuesto típico de enriquecimiento ilícito.

Fidel **ROJAS VARGAS** al trabajar la parte objetiva del tipo penal de enriquecimiento ilícito lo califica de subsidiario o complementario.<sup>20</sup>

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

---

<sup>18</sup> William René Parra Gutierrez, Obra citada, Página 164.

<sup>19</sup> Alfonso Gómez Méndez, Obra citada, Páginas 254 y 255.

<sup>20</sup> Fidel Rojas Vargas, Obra citada, Página 465.

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

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

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

Manuel **FRISANCHO APARICIO** y A. Raúl **PEÑA CABRERA** al comentar el tema de los concursos respecto del delito de enriquecimiento ilícito establecen que no existe la posibilidad que concurra con figuras delictivas afines, precisamente por tratarse de un tipo penal subsidiario.<sup>22</sup>

“Al ser un delito **subsidiario** no es posible que concurra con figuras delictivas afines.”

Jorge **HUGO ALVAREZ** al comentar las características del tipo penal del artículo 401 lo define como genérico y subsidiario.<sup>23</sup>

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

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

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

“El enriquecimiento ilícito no debe, sin embargo, provenir de otros delitos funcionales, como actos de corrupción pasiva, actos de peculado o actos de concusión. En buena cuenta estamos ante un **delito de carácter subsidiario**. Sólo en la medida en **(p. 195)** que el enriquecimiento no se deba a la

---

<sup>21</sup> Manuel Abanto Vasquez, Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano, Páginas 484 y 485, Palestra Editores, Lima, Perú, 2001.

<sup>22</sup> Manuel Frisancho Aparicio y A. Raúl Peña Cabrera, Delitos contra la Administración Pública, Página 358, Editora Fecat, Lima, Perú, 1999.

<sup>23</sup> Jorge B. Hugo Alvarez, Delitos cometidos por Funcionarios Públicos contra la Administración Pública, Página 217, Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2000.

<sup>24</sup> Víctor Roberto Prado Saldarriaga, Todo sobre el Código Penal, Tomo I, Página 291, Idemsa, Lima, Perú, 1996.

comisión de otro delito funcional, será posible invocar la tipicidad del artículo 401 del Código Penal”.

Raúl **PEÑA CABRERA** y Luis **FRANCIA ARIAS** reconocen el carácter subsidiario del tipo penal de enriquecimiento ilícito al determinar la imposibilidad que concurra en concurso aparente de leyes o ideal de delitos.<sup>25</sup>

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

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

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

Es importante comentar la opinión del autor nacional Tomás Aladino **GÁLVEZ VILLEGAS** quien no comparte la posición de la subsidiaridad del tipo de enriquecimiento ilícito al sostener que solamente tienen tal condición aquellos tipos penales que presenten penas menos graves, situación que no sucede en el caso del artículo 401 respecto del resto de tipos penales de corrupción de funcionarios; agregando que el error de la posición dominante en la doctrina peruana tiene como causa la influencia que sobre la misma ejerce el derecho penal colombiano, en el que si se justifica la subsidiaridad del enriquecimiento ilícito al existir norma expresa en tal sentido.<sup>27</sup>

La opinión del autor nacional es equivocada, pues al desconocer la naturaleza subsidiaria del tipo penal de enriquecimiento ilícito no ha considerado su ratio legis o la razón político criminal de su creación; la dificultad o imposibilidad de probar, precisamente, el delito, en principio contra la administración pública, que permitió el enriquecimiento ilícito del funcionario. **Es la razón de ser del tipo penal de enriquecimiento ilícito, no el reconocimiento expreso en la norma, el que determina su naturaleza subsidiaria.**<sup>28</sup>

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

**(p. 196)**

La subsidiariedad del tipo penal del artículo 401 del Código Penal es evidente, pues en el caso donde se pueda probar el delito que produjo el enriquecimiento ilícito del funcionario, no se aplicará tal disposición legal.

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

---

<sup>25</sup> Raúl Peña Cabrera y Luis Francia Arias, Delito de Enriquecimiento ilícito, Página 64, Ediciones Jurídicas, Lima, Perú, 1993.

<sup>26</sup> Dino Carlos Caro Coria, Obra colectiva, Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación Ilícita, Aspectos Sustantivos y Procesales, Página 382, Jurista Editores, Lima, Perú, 2002.

<sup>27</sup> Tomás Aladino Gálvez Villegas, Delito de Enriquecimiento Ilícito, Páginas 196 a 202, Idemsa, Lima, Perú, 2001.

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



En la obra de Gálvez Villegas se aprecian incongruencias conceptuales que es importante advertir para valorar sus comentarios.

No diferencia adecuadamente el concurso aparente de leyes y el concurso ideal de delitos al aceptar equivocadamente que el delito de enriquecimiento ilícito y el cohecho podrían presentar un caso de concurso ideal de delitos pese a que tienen el mismo macro bien jurídico como objeto de protección, la administración pública; con lo que se deja de lado la primera diferencia entre ambos concursos pues precisamente en el concurso ideal de delitos la necesidad que concurren dos o más tipos penales a la calificación del hecho, es precisamente el que se ha vulnerado con el mismo hecho más de un bien jurídico.<sup>29</sup>

Otra incongruencia sustancial que se encuentra en la obra comentada se aprecia en la justificación en el pensamiento del autor español Jesús María Silva Sánchez para validar el debilitamiento de las garantías que contienen los límites a la función punitiva del Estado con la finalidad de lograr una mayor eficacia político criminal en el llamado derecho penal contra la corrupción.<sup>30</sup>

El error de la remisión a la obra de **SILVA SÁNCHEZ** se advierte al recurrir precisamente a su libro citado "La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en la Sociedades Post-industriales"; en dicho trabajo el profesor de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra afirma que si bien es cierto en la actualidad cierta criminalidad, fundamentalmente la económica, admitiría la flexibilización de los criterios de imputación y las garantías político criminales, estas serían características de un derecho penal "más alejado del núcleo de lo criminal y en el que se impusieran penas más próximas a las sanciones administrativas (privativas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas)".<sup>31</sup>

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

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

El error de Gálvez Villegas se advierte en consecuencia (**p. 197**) con claridad, pues intenta aplicar el derecho penal amplio y flexible para los delitos contra la administración pública para los que se prevé pena privativa de la libertad; resulta paradójico que el autor peruano recurra al maestro español precisamente para el caso del delito de enriquecimiento ilícito, ya que el artículo 401 contempla una sanción penal grave, incluso por cuestión de inconstitucionalidad.

### **3) Solución al concurso aparente de leyes que presenta la imputación por recibo de sobornos como delitos de cohecho y enriquecimiento ilícito.**

Es necesario determinar el por qué no puede por el mismo hecho ser condenado un funcionario público por los delitos de cohecho pasivo propio y enriquecimiento ilícito.

La razón es la presentación de un concurso aparente de leyes entre los tipos penales de cohecho pasivo propio y de enriquecimiento ilícito, que debe ser solucionado mediante la regla de la subsidiaridad.

---

<sup>29</sup> Tomás Aladino Gálvez Villegas, Obra citada, Páginas 187 y 188.

<sup>30</sup> Tomás Aladino Galvez Villegas, Obra citada, Páginas 93 y 94.

<sup>31</sup> Jesús María Silva Sánchez, La Expansión del Derecho Penal-Aspectos de la Política criminal en las Sociedades Postindustriales, Páginas 124, 125 y 126, Editorial Civitas, Madrid, España, 1999.

<sup>32</sup> Jesús María Silva Sánchez, Obra citada, Páginas 124, 125 y 126.

Alfonso **GOMEZ MÉNDEZ** <sup>33</sup>, William René **PARRA GUTIERREZ** <sup>34</sup>, Erleans de Jesús **PEÑA OSSA** <sup>35</sup>, Marcelo A. **SANCINETTI** <sup>36</sup>, afirman que el concurso aparente de leyes o tipos penales entre el cohecho pasivo y el enriquecimiento ilícito se soluciona mediante el principio de subsidiaridad, por lo que si las pruebas aportadas en el proceso penal permiten establecer con certeza que el incremento patrimonial ha sido fruto del peculado, del cohecho etc., al funcionario se le condenará por estos delitos y no por enriquecimiento ilícito, precisamente porque al corresponder éste a un tipo subsidiario queda excluido por el tipo principal.

**SANCINETTI** adicionalmente presenta para el concurso aparente de leyes entre el enriquecimiento ilícito y el delito del funcionario que permite el incremento patrimonial no justificado, una solución distinta, al considerar que sería el principio de alternatividad el que tendría que aplicarse en tal caso, al conceptuar al enriquecimiento ilícito como un “tipo penal en pareja” de cada uno del resto de tipos penales correspondientes a los delitos de funcionarios que generen enriquecimiento; en efecto, el tipo penal de enriquecimiento ilícito solamente se aplicaría de forma alternativa cuando los otros tipos no puedan serlo por falta de pruebas, es decir, un “caso de alternatividad por razones procesales” : en defecto de prueba es aplicable el tipo penal de enriquecimiento ilícito, si se prueba el delito que lo generó ya no se utiliza tal supuesto típico. <sup>37</sup>

**GALVEZ VILLEGAS**, siguiendo a Creus, admite que si como consecuencia de la comisión de un delito de peculado, de concusión, de cohecho, etc, el agente incorpora a su patrimonio los bienes adquiridos por el delito de función, este enriquecimiento no configuraría el delito previsto en el artículo 401 ni un concurso ideal de delitos, sino un concurso aparente de leyes que se solucionaría con la regla de la consunción, pues al ser el enriquecimiento la razón de ser del delito de función antecedente, por ejemplo se recibe soborno para incrementar **(p.198)** el patrimonio, configura la fase de agotamiento del delito antecedente por lo que no podría en este caso el enriquecimiento ser castigado como un delito independiente ya que significaría la infracción del principio ne bis in idem. <sup>38</sup>

Como se puede apreciar en la doctrina no existe duda respecto a la configuración de un concurso aparente de leyes entre el tipo penal de enriquecimiento ilícito y el supuesto típico del delito de función que lo genera, sino tan solo en cuanto a la regla que debe emplearse para su solución.

El principio de legalidad y el principio ne bis in idem son los dos límites a la función punitiva del Estado que fundamentan la solución del concurso aparente de leyes que presenta los casos penales que motivan este trabajo.

El principio de legalidad que consagran el artículo 11 inciso 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 15 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica y el artículo 2 inciso 24 parágrafo d de la Constitución Política de 1993 y la norma II del Título Preliminar del Código Penal de 1991 generan el deber de adecuada tipificación del Juez.

El Juez Penal tiene el deber de adecuar el hecho objeto de la imputación criminal en el tipo penal que se determina en la ley, no por la presión social, el interés político, o el temor de la reacción pública ante la apertura de causa penal sin medida cautelar de detención por falta de pena probable.

Los autores españoles Ignacio **BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE** <sup>39</sup> y Antonio **GARCIA PABLOS DE MOLINA** <sup>40</sup> afirman que el principio de legalidad, a través de la garantía de la tipicidad, somete al juez a la ley penal, es decir, el hecho para ser considerado delito tiene que ser típico, esto es, debe reunir los elementos del tipo penal; por lo que la imputación no puede ser encuadrada en un supuesto de hecho típico que no corresponda.

---

<sup>33</sup> Alfonso Gómez Méndez, Delitos contra la Administración Pública, Páginas 256 y 257, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2000.

<sup>34</sup> William René Parra Gutierrez, Obra citada, Páginas 170 y 171.

<sup>35</sup> Erleans de Jesús Peña Ossa, Obra citada, Página 201.

<sup>36</sup> Marcelo A. Sancinetti, Obra citada, Página 114.

<sup>37</sup> Marcelo A. Sancinetti, Obra citada, Página 114.

<sup>38</sup> Tomás Aladino Galvez Villegas, Obra citada, Páginas 190, 195 y 196.

<sup>39</sup> Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Obra colectiva, Lecciones de Derecho Penal Parte General, Segunda Edición, Página 48, Editorial Praxis, Barcelona, España, 1999.

<sup>40</sup> Antonio García Pablos de Molina, Derecho Penal Introducción, Página 340, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2000.

La no solución de un caso de concurso aparente de leyes, es decir, la mantención de la tipificación en todos los tipos penales que supuestamente pueden ser aplicables al hecho imputado, viola el principio de legalidad, dado a que al omitir utilizar la regla de solución del también llamado concurso de normas, se deja de adecuar al hecho en el tipo penal que exige el sometimiento del juez a la ley.

En los casos penales objeto de análisis el principio de legalidad exige el que se aplique al concurso aparente de leyes que presenta la imputación la regla de la subsidiariedad, que supone la exclusión del cargo de enriquecimiento ilícito al haberse ya determinado el cargo de corrupción de funcionario pasiva propia.

El principio ne bis in idem material genera la prohibición de sancionar doblemente a la persona por un solo hecho que sea objeto de concurso aparente de leyes, motivo por el cual se tiene que aplicar al caso penal sub iudice la regla de la subsidiariedad y solucionar el concurso de normas penales.

**(p. 199)**

Nuria **CASTELLO NICÁS**<sup>41</sup> y Juan Carlos **CARBONELL MATEU**<sup>42</sup>, los autores hispanos, sostienen que el principio nom bis in idem obliga a excluir la aplicación de todas las normas en concurso aparente a fin de quedarse con una sola que corresponde realmente ser la aplicable conforme a las reglas de solución.

La no aplicación de las reglas del concurso aparente de leyes viola el principio ne bis in idem pues al procesar y castigar a la persona por todos los tipos penales que concurren a la aplicación del hecho supone duplicar injustificadamente la restricción de derechos que significa el procesamiento y la sanción penal, pues uno solo de los tipos penales abarca el contenido de injusto y de culpabilidad que corresponde asignar al hecho imputado.<sup>43</sup>

En los casos penales analizados la violación del principio ne bis in idem es evidente si se tiene en cuenta que tanto el tipo penal de cohecho pasivo propio como el tipo penal de enriquecimiento ilícito se aplican frente a la lesión del bien jurídico administración pública.

William René **PARRA GUTIERREZ**, el autor colombiano, afirma que el procesar y condenar por enriquecimiento ilícito habiéndose probado la comisión de peculado, cohecho, etc, implicaría la violación del principio nom bis in idem.<sup>44</sup>

Ante la inexistencia de jurisprudencia nacional en materia de la aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito, se tienen que buscar algunos antecedentes mediante los que se intenta construir una doctrina judicial sobre la materia; esfuerzo que tiene su mayor problema en la dificultad de los operadores del derecho peruanos para reconocer la naturaleza subsidiaria del artículo 401 del Código Penal.

En el proceso penal seguido al ex Congresista de la República Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar<sup>45</sup>, el Vocal Instructor Supremo en su informe final reconoció la naturaleza subsidiaria del tipo penal de enriquecimiento ilícito, al establecer su inaplicabilidad por constituir el hecho atribuido la comisión del delito de cohecho pasivo.

En el proceso penal seguido a la esposa del ex Ministro de Estado y ex Congresista de la República Victor Joy Way, doña Lilia Adbel Troncoso Assen de Joy Way ante el Segundo Juzgado Penal Especial, la juez penal emitió auto de denegación de procesamiento penal frente a denuncia penal por delito de enriquecimiento ilícito al reconocer que la subsidiariedad del tipo penal de

---

<sup>41</sup> Nuria Castelló Nicás, El Concurso de Normas Penales, Páginas 16 y 17, Editorial Comares, Granada, España, 2000.

<sup>42</sup> Juan Carlos Carbonell Mateu, Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales, Tercera Edición, Páginas 154 a 156, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999.

<sup>43</sup> Nuria Castelló Nicás, Obra citada, Página 17.

<sup>44</sup> William René Parra Gutiérrez, Delitos contra la Administración Pública, Página 170, Ediciones Librería del Profesional, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1998.

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

enriquecimiento ilícito impedía su aplicación a un hecho que ya había sido tipificado como delito de cohecho pasivo propio e impropio.<sup>46</sup>

(p. 200)

#### 4) Examen de los errores de la justicia penal peruana al tratar el tema de la aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito del artículo 401 del Código Penal.

En el caso penal del ex Congresista Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar la Sala Penal Especial Suprema consideró equivocadamente en la sentencia condenatoria que los cargos de cohecho pasivo propio y enriquecimiento ilícito pueden coexistir al presentar un caso de concurso ideal de delitos y no de concurso aparente de leyes.

En el caso penal de doña Lilia Abdel Troncoso Assen de Joy Way la Sala Penal Especial Superior revocó el auto denegatorio de procesamiento penal estableciendo sin motivación la posibilidad de la coexistencia de una imputación por cohecho pasivo y enriquecimiento ilícito respecto del mismo hecho.

Corresponde en consecuencia centrar esta parte del análisis en el argumento dado en el caso del ex Congresista Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar.

El cohecho pasivo en sus dos modalidades y el enriquecimiento ilícito **no** configuran un concurso ideal de delitos por las razones que se exponen a continuación:

El concurso ideal de delitos, al igual que el concurso aparente de leyes, se presenta cuando un solo hecho es objeto de imputación, al que concurren para su aplicación dos o más tipos penales, pero a diferencia de aquél, en el caso del concurso ideal de delitos todos los supuestos típicos tienen que aplicarse para una adecuada tipificación del hecho pues no existe ninguna regla jurídica, como si ocurre en el caso del concurso aparente de leyes, que permita elegir uno solo de los tipos penales.<sup>47</sup>

<sup>48</sup> <sup>49</sup>

Reihart **MAURACH**, Karl Heinz **GÖSSEL** y Heinz **ZIPF** sostienen que el concurso ideal de delitos se presenta cuando la realización de un hecho produce lesiones típicas de diversos bienes jurídicos que exigen para su calificación la concurrencia de diversos tipos penales que permitan captar el acontecimiento global; situación que difiere del concurso aparente de leyes pues en este caso un solo tipo penal es suficiente para captar el contenido de ilícito.<sup>50</sup>

- Nuria **CASTELLÓ NICÁS** afirma que sólo habrá concurso ideal de delitos cuando se trate de un único hecho que da lugar a la vulneración de dos bienes jurídicos diferentes.<sup>51</sup> Agrega la profesora de la Universidad de Granada que uno de los más firmes criterios para la distinción entre el concurso ideal de delitos y el concurso aparente de leyes es el tema de bien jurídico protegido y su relación con uno de los límites de la función punitiva en el caso del Estado Social y Democrático de Derecho, el principio *nom bis in idem*. En efecto, cada norma penal protege un bien jurídico y cuando se comete el hecho delictivo es indispensable averiguar cuál o cuáles han sido vulnerados; así cuando se verifica la vulneración de dos o más bienes jurídicos (**p. 201**) se tratará de un concurso ideal de delitos.<sup>52</sup>

---

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

<sup>47</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, Derecho Penal, Parte General, Cuarta Edición, Página 533, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000.

<sup>48</sup> Luis Bramont Arias, La Ley Penal, Página 122, Imprenta del Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía, Lima, Perú, 1950.

<sup>49</sup> José Hurtado Pozo, Obra citada, Página 397.

<sup>50</sup> Reihart Maurach, Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf, Derecho Penal Parte General, Tomo 2, Páginas 549 y 550, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1995.

<sup>51</sup> Nuria Castelló Nicás, Obra citada, Página 47.

<sup>52</sup> Nuria Castelló Nicás, Obra citada, Página 49.

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

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