

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS EN EL DERECHO PENAL CHILENO

["Illicit Acquisition of Wealth among Chilean Criminal Law Public Officials"]

HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO*
Universidad Jesuita Alberto Hurtado

RESUMEN

El artículo se ocupa del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, recientemente introducido en el derecho penal chileno (art. 241 bis del Código penal). Luego de la exposición del contexto comparado en el que se inserta la nueva figura, el artículo analiza críticamente tanto las circunstancias del proceso legislativo que dio lugar a la misma, como las insalvables cuestiones de legitimidad que suscita en relación con la presunción de inocencia, el principio de legalidad y la consagración de un derecho penal de acto. Por último, el trabajo aborda la interpretación de los posibles alcances de la figura y evalúa su potencial político criminal.

PALABRAS CLAVE: Corrupción - Enriquecimiento ilícito - Inversión de la carga de la prueba.

ABSTRACT

This article deals with illicit acquisition of wealth among public officials –a crime that has recently been introduced into the Chilean criminal code (Art. 241 bis criminal code). After an exposition of the compared context in which the new figure is inserted, this article critically discusses both the circumstances of the legislative process which brought it about and the insoluble questions of legitimacy it causes in relation to presumption of innocence, principle of legality, and the establishment of a criminal law of act. Finally, this article addresses an interpretation of the possible scope of the figure and assesses its criminal-political potentiality.

KEY WORDS: Corruption - Illicit acquisition of wealth - Reversal of burden of proof.

* *Legum magister* y Doctor en Derecho (Friburgo de Brisgovia), Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Universidad Jesuita Alberto Hurtado, Santiago de Chile. Dirección postal: Cienfuegos 41, Santiago, Chile. Correo electrónico: hhernand@uahurtado.cl

I. INTRODUCCIÓN

A diferencia de lo ocurrido en varios otros países iberoamericanos, en Chile no se había sucumbido aún a la tentación de introducir en la legislación un tipo penal de “enriquecimiento ilícito”, o sea, de tipificar como delito la incapacidad de demostrar satisfactoriamente el origen lícito de una situación patrimonial sospechosa. Todavía a mediados de 2005, a la hora de valorar críticamente el estado de la legislación penal chilena en materia de corrupción, se podía elogiar tal determinación e insistir en “la inconveniencia de introducir un tipo de ‘enriquecimiento ilícito’, apenas compatible con las garantías penales y procesal-penales básicas de un Estado de Derecho y más expresión de demagogia que promesa de efectividad”¹. Un criterio similar imperó en el seno del Foro Penal, convocado por el Ejecutivo para preparar un Anteproyecto de Nuevo Código Penal, y cuyo texto final presentado en diciembre de 2005 no contiene ninguna figura en ese sentido².

Pero la situación ha cambiado y de modo relativamente imprevisto. A contrapelo de decisiones legislativas recientes sobre el particular (véase, más abajo, III 1), mediante el artículo 12 de la Ley N° 20.088, de 5 de enero de 2006, sobre la obligación de declaración jurada patrimonial de las autoridades públicas, se ha introducido en el Código Penal un nuevo artículo 241 bis, del siguiente tenor: “*El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio. Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos*

¹ HERNÁNDEZ, Héctor “Presentación”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás - FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo - CONTRERAS ALFARO, Luis (coordinadores), *Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Derecho* (Santiago, Lexis-Nexis, 2005). Se trata de una edición chilena ampliada del volumen de RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás - FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coordinadores), *La corrupción en un mundo globalizado, análisis interdisciplinario* (Salamanca, Ratio Legis, 2004), pp. IX.

² En efecto, el título XI del libro II del Anteproyecto, referido a los “*Delitos contra la Administración Pública*” (artículos 252 a 273), introduce una serie considerable de cambios en relación con el Derecho vigente, pero no contiene un tipo de enriquecimiento ilícito. Más aún, si bien no se expresa en los materiales que sirvieron de base a la discusión, sí se hizo presente en la exposición de la propuesta de la Secretaría Técnica que deliberadamente se había prescindido de una tal tipificación. Tanto el Anteproyecto como los Materiales pueden consultarse en *Política Criminal* 1 (2006), D-1 a D-3 (www.politicacriminal.cl).

en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito./ La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público./ Si el proceso penal se inicia por denuncia o querrela y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo por alguna de las causales establecidas en las letras a) o b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de estos últimos por el delito del artículo 211 de este Código”.

Las páginas que siguen tienen por objeto el análisis crítico de la nueva figura, tanto desde un punto de su legitimación en el contexto del sistema de garantías del Derecho penal chileno, como de su posible rendimiento político-criminal. Antes que eso, sin embargo, conviene tener presente el contexto comparado y la suerte que habían corrido iniciativas previas sobre la materia.

II. EL CONTEXTO COMPARADO

En el Derecho comparado, al menos en lo que concierne al Derecho europeo continental y al Derecho iberoamericano, destacan nítidamente dos vertientes en la incriminación del enriquecimiento ilícito: por una parte, la tendencia de incriminación amplia del Derecho francés y, por otra, la del Derecho iberoamericano en materia de corrupción de los funcionarios públicos. Por el contrario, los ordenamientos europeos de tradicional mayor influencia entre nosotros, como el español, el alemán y el italiano, carecen de una tipificación de estas características.

1. La tendencia amplia del Derecho francés, especialmente en materia de criminalidad organizada.

El Derecho francés conoce desde antiguo tipificaciones específicas de enriquecimiento ilícito en los más diversos ámbitos. Así, por ejemplo, en materia de proxenetismo, desde 1960 el N° 4 del artículo 334 del viejo Código Penal consideraba proxeneta al que *“teniendo relaciones habituales con una o más personas dedicadas a la prostitución, no pudiera justificar los recursos correspondientes a su tren de vida”* (equivalente en lo fundamental al actual artículo 225-6 N° 3 del nuevo Código de 1992).

Pero probablemente el ámbito en el que este tipo de incriminaciones ha tenido mayor notoriedad en la última década ha sido el de la criminalidad organizada, primero en relación con el tráfico ilícito de estupefacientes, desde que mediante Ley N° 96-392, de 13 de mayo de 1996, se introdujera en el Código de 1992 un nuevo artículo 222-39-1, cuyo inciso primero rezaba:

“El hecho de no poder justificar los recursos correspondientes a su tren de vida, teniendo relaciones habituales con una o más personas dedicadas a alguna de las actividades reprimidas por la presente sección [tráfico ilícito de estupefacientes] o con varias personas dedicadas al uso de estupefacientes, será penado con cinco años de privación de libertad y multa de 500.000 francos”³.

Recientemente, sin embargo, mediante el artículo 24 de la Ley N° 2006-64, de 23 de enero de 2006, relativa a la lucha contra el terrorismo, el precepto ha sido abrogado y reemplazado por uno similar, pero de alcance mucho mayor, pues se refiere ahora a las ganancias atribuidas a cualquier delito grave. El nuevo artículo 321-6 CP. dispone: *“El hecho de no poder justificar los recursos correspondientes a su tren de vida o de no poder justificar el origen de un bien detentado, manteniendo relaciones habituales con una o más personas que se dediquen a la comisión de crímenes o de delitos sancionados al menos con cinco años de privación de libertad y que les reporten un beneficio directo o indirecto, o que sean víctimas de una de estas infracciones, será castigado con una pena de tres años de privación de libertad y multa de 75.000 Euros./ Se castigará con las mismas penas el hecho de facilitar la justificación de recursos ficticios para personas que se dediquen a la comisión de crímenes o de delitos sancionados al menos con cinco años de privación de libertad y que les reporten un beneficio directo o indirecto”⁴.*

Como se podrá apreciar, la evolución del Derecho francés en el punto, al menos en relación con la criminalidad organizada, se asemeja mucho a la experimentada por la represión del lavado de dinero en perspectiva comparada, caracterizada por unos orígenes fuertemente vinculados al tráfico de estupefacientes, para ir dando paso luego a catálogos más amplios de delitos o, incluso, a prácticamente todos los delitos de cierta trascendencia⁵.

2. La tendencia iberoamericana: corrupción de funcionarios públicos

La idea de hacer frente a la corrupción de los funcionarios públicos

³ Al respecto SEUVIC, Jean-François, *Chronique législative*, en *Revue de Sciences Criminelles* (1996), pp. 896; VÉRON, Michel, *Droit pénal spécial* (10ª edición, Paris, Armand Colin, 2004), pp. 71.

⁴ Al respecto SEUVIC, Jean-François, *Chronique*, cit. (n. 3), pp. 363 ss., quien informa de la sustitución y consiguiente abrogación de los tipos penales específicos de enriquecimiento ilícito referidos al tráfico de estupefacientes (artículo 222-39-1), al tráfico de personas (artículo 225-4-8), a la extorsión agravada (artículo 312-7-1) y a la asociación ilícita (artículo 450-2-1). Subsisten, sin embargo, los referidos al proxenetismo (artículo 225-6 N° 2 y 3) y a la mendicidad (artículo 225-12-5).

⁵ Al respecto BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales* (Pamplona, Aranzadi, 1997) [hay edición posterior de 2002], pp. 224 ss.

mediante un tipo especial que permita llegar donde, por razones probatorias, no llegan los tipos clásicos que reprimen la obtención indebida de beneficios económicos en el ejercicio del cargo, posee cierta tradición en el contexto iberoamericano, principalmente en la Argentina. En el Derecho de ese país las iniciativas en orden a establecer un delito de estas características se remontan hasta la década del 30 del siglo XX, si bien se concretaron por primera vez recién en 1964, con la introducción del primer artículo 268 (2) CP.⁶ En Colombia, por su parte, la línea se inaugura con el Código Penal de 1980⁷, en tanto que en el Perú el paso se da un año después⁸, por sólo mencionar algunos ejemplos.

Pero indudablemente la influencia mayor en los últimos años la ha ejercido la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en el marco de la Conferencia Especializada celebrada en Caracas el 29

⁶ Mediante la Ley 16.648, de 18 de noviembre de 1964, siendo modificado mediante la Ley 25.188, de 1 de noviembre de 1999. Sobre la evolución legislativa argentina, véase INCHAUSTI, Miguel, *Enriquecimiento ilícito de funcionarios* (Buenos Aires, Ad Hoc, 2001), pp. 27 ss.; COLOMBO, Marcelo - IPOHORSKI LENKIEWICZ, José, *Evolución legislativa reciente y análisis de la figura penal en el Derecho comparado*, en BRUZZONE, Gustavo - GULLCO, Hernán (coordinadores), *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (artículo 268 [2] CPP)* (Buenos Aires, Ad Hoc, 2005), pp. 92 ss.; y con un acabado análisis crítico, si bien sin considerar la reforma de 1999, SANCINETTI, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (artículo 268, 2, CPP)* (Buenos Aires, Ad Hoc, 1994), pp. 23 ss. Una síntesis homónima de este trabajo se encuentra en MAIER, Julio - BINDER, Alberto (compiladores), *El Derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995), pp. 289 ss.

⁷ Artículo 148 CPP. Una crítica a su amplitud y vaguedad en RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de - ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica* (Valparaíso, Edeval, 1980), pp. 105. El inciso tercero y final (*"En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado"*) fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Colombia mediante sentencia de 9 de diciembre de 1982. En cuanto a las penas, éstas fueron aumentadas mediante el artículo 26 de la Ley 190 de 1995. Con el nuevo Código de 2000 la materia ha quedado regida, con una nueva redacción, por artículo 412 CPP.

⁸ Mediante D. Leg. N° 121, de 12 de junio de 1981, que introduce el artículo 361-A al Código de 1924, posteriormente modificado —en función de aumentar las penas— por Ley N° 24653, de 28 de marzo de 1987. Con el Código de 1991 la materia ha quedado regida, con una nueva redacción, por el artículo 401 CPP. Sobre la evolución legislativa peruana CARO, Carlos, *El delito de enriquecimiento ilícito*, en SAN MARTÍN, César - CARO, Carlos - REAÑO, José, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales* (Lima, Jurista, 2002), pp. 106 ss. Véase también ABANTO, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano* (Lima, Palestra, 2001), pp. 475 ss.

de marzo de 1996⁹. El artículo IX de la Convención, que corresponde a una propuesta de la Argentina apoyada por otros países iberoamericanos, como Perú, Venezuela y México¹⁰, dispone lo siguiente: *"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"*.

Como era de esperar, desde la Convención la tendencia a incorporar en el ordenamiento interno un tipo penal de estas características se ha intensificado. En la actualidad son varios los países de la región que cuentan con un tipo penal de enriquecimiento ilícito. Entre los casos que parecen más relevantes para este estudio, por su cercanía, se destacan los siguientes¹¹:

El artículo 268-2 del Código Penal argentino dispone: *"Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho"*.

⁹ La Convención fue suscrita y ratificada por Chile, y promulgada mediante Decreto Supremo N° 1879 - 1998, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial* de 2 de febrero de 1999.

¹⁰ Al respecto MANFRONI, Carlos, *La convención interamericana contra la corrupción anotada y comentada* (2ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001), pp. 143 ss.

¹¹ Una revisión relativamente exhaustiva del Derecho comparado se encuentra en COLOMBO - IPOHORSKI - LENKIEWICZ, en BRUZZONE - GULLCO (coordinadores), *Teoría y práctica*, cit., pp. 113 ss.; CARO, *El delito de enriquecimiento ilícito*, cit., pp. 110 ss. Con un tipo de enriquecimiento ilícito *en principio inequívoco* —en el sentido de sugerir la ley expresamente la inversión de la carga de la prueba— contarían Argentina, Colombia, Perú, Puerto Rico, México, Panamá y Cuba. En otros casos, como los de Paraguay, Ecuador, El Salvador, Brasil o Venezuela, la situación sería más ambigua. Como sea, cualquier juicio al respecto supondría un examen detenido que no se puede abordar aquí.

En tanto que el artículo 401 del Código Penal peruano reza: “*El funcionario o servidor que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente mayor a que 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*”.

Cabe destacar, sin embargo, que lo que hasta ahora parecía ser una peculiaridad del Derecho iberoamericano muestra ciertos signos de universalización, como se desprende, por ejemplo, de su influencia en la Convención de la Unión Africana sobre la Prevención y la Lucha contra la Corrupción, adoptada en Maputo, Mozambique, el 11 de julio de 2003, y cuyo artículo 8º establece la obligación de las partes, “*a reserva de las disposiciones de sus leyes nacionales*”, de definir como delito el enriquecimiento ilícito. Y naturalmente no puede dejar de mencionarse la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 31 de octubre de 2003, en cuyo artículo 20 se establece, también “*(c)on sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico*”, un deber análogo¹². Con todo, no deja de ser significativo que los instrumentos supranacionales europeos en materia de corrupción, esto es, el Convenio de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 25 de junio de 1997, y la Convención del Consejo de Europa sobre Derecho penal en materia de corrupción, de 27 de enero de 1999, no contemplan, ni aun a título de sugerencia, la introducción de un tipo penal semejante¹³.

¹² “*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 fue suscrita por Chile el 11 de diciembre de 2003, y ratificada el 13 de septiembre de 2006, pero aún no promulgada a la fecha de este trabajo (26 de septiembre de 2006).

¹³ Al margen de las conclusiones que pueden derivarse de esta omisión, en términos positivos cabe destacar el decidido rechazo a cualquier forma de inversión de la carga de la prueba que manifiesta el grupo de expertos que, a solicitud del Parlamento Europeo, elaboró el llamado Corpus Juris de regulaciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea. Véase DELMAS-MARTY, Mireille (Hrsg.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der*

III. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO CHILENO

1. Las iniciativas legislativas previas

Las iniciativas por introducir un delito de enriquecimiento ilícito en el Derecho chileno responden nítidamente a las corrientes recién mencionadas. En efecto, la corrupción de funcionarios públicos y la represión del tráfico ilícito de estupefacientes han sido precisamente los escenarios del debate entre nosotros.

Aun antes de la Convención Interamericana, durante la tramitación de la que llegaría a ser la Ley N° 19.645, de 11 de diciembre de 1999¹⁴, se pretendió introducir un delito de estas características en el contexto de una amplia revisión de los delitos funcionarios¹⁵. En ese contexto, la Cámara de Diputados propuso un nuevo artículo 241 bis CP. del siguiente tenor: “*El empleado público que en razón del ejercicio de su cargo o en el cumplimiento de sus funciones, obtuviere injustificadamente un incremento patrimonial para sí o para interpósita persona, siempre que el hecho no constituya otro delito de mayor gravedad, y que debidamente requerido por la autoridad administrativa competente no pudiese justificarlo, incurrirá en las penas de presidio menor en sus grados mínimo a máximo, inhabilitación especial perpetua para cargo u oficio público y multa del cincuenta al cien por ciento del monto del enriquecimiento ilícito/ La prueba que el funcionario ofrezca de su enriquecimiento será secreta a su pedido y no podrá ser invocada contra él, para ningún otro efecto./ La persona interpuesta para disimular el incremento a que se alude en el inciso primero será penada con presidio menor en su grado mínimo*”¹⁶.

Europäischen Union (trad. alemana del original en francés de Yvonne Kleinke y Marc Tully, Köln y otras, Heymanns, 1998), artículo 31, pp. 74 s. (original en francés en p. 159).

¹⁴ Boletín N° 1177-07, proyecto iniciado por moción de 12 de abril de 1994 en la Cámara de Diputados. En general sobre la Ley N° 19.645 véase BUSTOS, Juan - MEDINA, Rodrigo, *Aspectos de la reforma penal de la probidad*, en *La Ley* N° 19.645 (1999), que modifica disposiciones del Código Penal que sancionan casos de corrupción, en AA. VV., *La administración del Estado de Chile* (Santiago, ConoSur, 2000), pp. 681 ss., en particular sobre el enriquecimiento ilícito pp. 690 ss.

¹⁵ Cabe mencionar que coetáneamente la Comisión Nacional de Ética Pública, en su Informe de julio de 1994, recomendó, si bien con reservas que se analizan luego en el texto, incorporar al catálogo de delitos del Código Penal, junto con el tráfico de influencias y el uso de información privilegiada en el ámbito público, también el delito de enriquecimiento ilícito. Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública (Santiago 1994), N° 30. Tal Informe puede consultarse también en *Pena y Estado* 1 (1995), pp. 305 ss.

¹⁶ Indicación del diputado Elgueta. *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados*, de 23 de noviembre de 1994, pp. 1 s.

Tanto esta propuesta como la indicación del senador *Bombal* en orden a introducir un nuevo artículo 239 bis CP. de términos similares fueron rechazadas por el Senado. En ambos casos se tuvo presente que las respectivas propuestas no satisfacían la exigencia de determinación, tipicidad o taxatividad de la conducta sancionada (artículo 19 N° 3 inciso octavo CPP) porque no se describía una conducta, sino una situación de hecho consistente en que el empleado público llevara un nivel de gastos superior a sus ingresos como tal, así como que desatendían la presunción de inocencia consagrada en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en la medida en que invertían la carga de la prueba en perjuicio del imputado, toda vez que, constatada la situación de hecho anterior, le imponían el deber de justificar el origen y la legalidad de los mayores ingresos¹⁷. Ante la insistencia de la Cámara, la propuesta original de la misma fue discutida en Comisión Mixta, donde luego de un importante debate fue rechazada por mayoría de votos. Las razones fueron, una vez más, de constitucionalidad¹⁸, siendo de destacar la nula influencia que tuvo en el debate la Convención, ya vigente en Chile durante la última fase del proceso legislativo.

Desde otra perspectiva, en el ámbito de la legislación en materia tráfico ilícito de estupefacientes también se había intentado introducir una norma con las mismas características, para lo cual había servido inequívocamente de modelo el ya citado artículo 222-39-1 del Código Penal francés. En efecto, durante la tramitación de la ley actualmente vigente sobre la materia, la Ley N° 20.000, de 16 de febrero de 2005, la Cámara de Diputados llegó a aprobar el siguiente artículo 17: *“El que no pueda justificar los recursos que dan origen a su nivel de vida y mantenga relaciones habituales con condenados por alguno de los delitos o faltas que tipifica esta ley, será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo”*¹⁹.

¹⁷ *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, de 31 de julio de 1996, pp. 26 s.; *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, de 1 de septiembre de 1998, pp. 6 ss. En este último se estimaba incluso, si bien de un modo algo confuso, que se establecía una presunción de Derecho de responsabilidad penal, incompatible con el inciso sexto del artículo 19 N° 3 CPP. R.

¹⁸ *Informe de la Comisión Mixta*, de 21 de septiembre de 1999, pp. 13 ss.

¹⁹ *Boletín N° 2439-20-02*, texto aprobado con fecha 22 de enero de 2002. Con modificaciones menores, entre ellas que los requisitos fueran copulativos y no alternativos, la norma corresponde a la indicación de una serie de diputados, reconociéndose expresamente la influencia de la legislación francesa en materia de lavado de dinero.

El precepto fue, sin embargo, desechado por el Senado y no fue re- puesto en la Cámara, razón por la cual no llegó a ser ley. El Senado tuvo especialmente presente lo que se había discutido a propósito de la ya refe- rida tramitación de la Ley N° 19.645, haciendo valer las mismas razones esgrimidas para el rechazo en ese contexto²⁰.

Por la fortaleza de las razones hubiera podido esperarse que no se insis- tiera con el tema, pero las cosas cambiaron de un modo imprevisto.

2. Cambio de rumbo: tramitación de la Ley N° 20.088

La Ley N° 20.088 es, en rigor, una ley extra-penal. Su objeto princi- pal era perfeccionar desde el punto de vista administrativo el sistema de declaraciones de intereses a que están obligados los empleados públicos. Por lo mismo, no se contemplaron disposiciones penales sino hasta muy avanzada la tramitación parlamentaria. El proyecto corresponde a una moción de varios diputados de 2 de septiembre de 1999 (*Boletín N° 2394-07*), que no consideraba ninguna norma penal, aspecto respecto del cual no se innovó durante toda la discusión en la Cámara –indicación sustitutiva del Ejecutivo mediante– hasta la aprobación en primer trámite constitucional de 3 de noviembre de 2004.

Es recién en el Senado donde se reflota la idea de incorporar un delito de enriquecimiento ilícito. El senador Viera-Gallo hace presente, luego de recordar el fallido intento de introducir la figura penal durante la trami- tación de la Ley N° 19.645, que el proyecto no sería eficaz sin introducir dicha figura, con lo cual, además, se estaría cumpliendo un compromiso contraído al suscribirse la Convención Interamericana²¹. Y si bien en un principio la idea encontró el rechazo de los senadores, luego logró abrirse camino. Así, en un primer momento se rechazaron las dos indicaciones del senador Bombal en orden a introducir un delito de esas características como nuevo artículo 239 bis CP., precisamente *“porque el tipo penal propuesto atenta contra la presunción de inocencia al no estar redactado en términos*

Si bien se reconoció la inconveniencia general de establecer presunciones de culpa- bilidad, este proceder, se dijo, estaría plenamente justificado tratándose del delito de lavado de dinero, pues de quien muestra un determinado nivel de vida que no responde a su situación laboral y mantiene, además, relaciones cotidianas con consumidores o traficantes de drogas, debería presumirse que su riqueza tiene un origen ilegítimo (*Segundo Informe de la Comisión Especial sobre Drogas de la Cámara de Diputados*, de 18 de julio de 2001, pp. 7 s.).

²⁰ *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, de 2 de diciembre de 2003, pp. 27 ss.

²¹ *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, de 29 de julio de 2005, pp. 7 y s.

*positivos y al hacer caer todo el peso de la prueba sobre el inculpado*²².

Sin embargo, luego se discutió una indicación similar de los senadores Viera-Gallo, Andrés Zaldívar y Núñez, cuya principal novedad estaba dada por el carácter residual asignado al delito. Luego de un intenso debate, en el que se impuso la necesidad de preservar la presunción de inocencia (al respecto, más abajo V), se solicitó la opinión del Prof. Juan Domingo Acosta, quien elaboró una propuesta que concitó el acuerdo unánime de la Comisión²³ y de la Sala²⁴, y que, en lo medular, llegaría a ser ley.

El texto del Senado fue, sin embargo, rechazado por la Cámara de Diputados en sesión de 3 de agosto de 2005. El rechazo de la Cámara se fundó en razones de constitucionalidad, fundamentalmente referidas a la presunción de inocencia, haciéndose notar, además, la incongruencia que representaba que por una parte se definiera el delito como un enriquecimiento que el funcionario no puede justificar y que, sin embargo, luego se impusiera al Ministerio Público la tarea de probar que se trata de un enriquecimiento injustificado²⁵. En el debate de la Comisión Mixta estos reparos se tuvieron por salvados calificando de “*relevante e injustificado*” el incremento patrimonial, a la vez que eliminando la frase “*sin que pueda acreditar su origen legítimo*”, con lo cual se entendía resuelta la supuesta discrepancia con el deber del Ministerio Público de acreditar todos los elementos del delito²⁶. Y si bien no se logró unanimidad en tal Comisión (abstención de la diputada Soto y del diputado Bustos), su propuesta mayoritaria fue en definitiva aprobada por ambas Cámaras²⁷. No obstante el tenor del debate, el Tribunal Constitucional no debió pronunciarse sobre el punto. La ley fue promulgada con fecha 27 de diciembre de 2005 y publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 2006. Conforme al artículo 2º transitorio, entró a regir noventa días después de la publicación del

²² *Primer Informe*, cit., pp. 34 y 35. Ya antes el senador Espina había manifestado sus reservas en el mismo sentido, p. 9.

²³ *Primer Informe*, cit., pp. 37 s. Por lo mismo, se desechó otra indicación sobre la misma materia de los senadores Parra y Silva Cimma, p. 39.

²⁴ Aprobación particular de 2 de agosto de 2005, *Diario de sesiones del Senado*, sesión 20ª, de 2 de agosto de 2005. Se refiere al punto el senador Viera-Gallo, pp. 54 s.

²⁵ Así el diputado Burgos, *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados*, sesión 23ª, de 3 de agosto de 2005, p. 16. En la misma línea los diputados Uriarte (p. 18), Bustos (p. 20) y Tuma (p. 22).

²⁶ *Informe de la Comisión Mixta*, de 10 de octubre de 2005, pp. 4 ss. Las referidas modificaciones fueron propuestas por el diputado Uriarte, p. 6.

²⁷ Véase *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, sesión 49ª, de 11 de octubre de 2005, pp. 22 ss.; *Diario de sesiones del Senado*, sesión 41ª, de 12 de octubre de 2005, pp. 20 ss.

reglamento correspondiente, merced al Decreto Supremo N° 45 de 2006, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 22 de marzo de 2006, esto es, el 20 de junio de 2006.

IV. LOS INSALVABLES PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

1. *Inversión de la carga de la prueba y vulneración del principio nemo tenetur.*

Apenas puede discutirse seriamente que en el origen de este tipo de incriminaciones se encuentran las dificultades más o menos significativas que debe enfrentar la *prueba* de la actividad ilícita de la cual, se cree, debe provenir la inusitada e inexplicable riqueza de un sujeto.

Pues, como es evidente, lo que encierra el concepto mismo de enriquecimiento ilícito es la sospecha –en general razonable– de que un enriquecimiento que no puede explicarse a partir de las actividades conocidas del sujeto debe provenir de una actividad delictiva, lo que en el ámbito específico de los funcionarios públicos se expresa en la sospecha de actos de corrupción administrativa, tales como malversación, cohecho, tráfico de influencias, negociaciones incompatibles, uso indebido de información privilegiada, entre otros. Pero mientras respecto de cualquier delito este indicio relativamente fundado no es más que motivo para una investigación que permita ir más allá de la sospecha genérica y acreditar efectivamente la actividad delictiva que subyace al enriquecimiento, permitiendo con ello su legítima represión, en este caso las dificultades probatorias –reales o exageradas– han terminado por justificar un atajo: en vez de que el Estado acredite lo que sospecha, se le impone al sospechoso la tarea de demostrar su inocencia. Se trata de una manifiesta inversión de la carga de la prueba.

Que esto es así se desprende de la propia confesión de los partidarios del tipo penal, que suele deslizarse a pesar de los esfuerzos que muchas veces se hacen por negarlo²⁸. Con mucha claridad se ve también en los argumentos de los promotores de la figura durante las negociaciones de la Convención Interamericana, al destacar que la figura “*es particularmente útil para los pueblos de América Latina, cuyos Estados carecen, frecuentemente, de recursos de alta tecnología eficaces para la detección del delito en el preciso*

²⁸ Sobre algunas de esas reticentes “confesiones” en el Derecho argentino, pueden consultarse las referencias en SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito*, cit., pp. 26 s. y 36 s., entre otras. En el Derecho francés, en cambio, se trata de un aspecto pacífico, al respecto VÉRON, *Droit pénal spécial*, p. 71; véase también RIFFAULT, Jacqueline, *Le blanchiment de capitaux en droit comparé*, en *Revue de Sciences Criminelles* (1999), p. 231 (249).

*momento en que éste se produce”, agregando “que a esta impotencia se une la burla que significa la ostentación material de sus funcionarios, sin que los pueblos tengan modo de adivinar en qué precisa oportunidad, de las miles con las que los agentes públicos cuentan, fue cometido el delito o quizá, los innumerables delitos que dieron lugar al enriquecimiento”*²⁹. Por último, tampoco dejan lugar a dudas las aseveraciones de sus partidarios durante la tramitación de la Ley N° 20.088, uno de los cuales, el senador Viera-Gallo, destacaba con toda transparencia que el delito “*se prueba básicamente con la declaración de patrimonio y en él se invierte el peso de la prueba, resultando el imputado obligado a demostrar el origen lícito de sus bienes*”, insistiendo luego en cuanto a que “*la prueba de la participación culpable en los delitos funcionarios es particularmente difícil. En cambio, si se acredita el delito de enriquecimiento ilícito, para lo cual es sumamente útil la comparación de las declaraciones de patrimonio, se podrá imponer al autor la más dolorosa de las sanciones, cual es despojarlo de lo que obtuvo por medios torcidos*”³⁰.

Más allá de la valoración político-criminal que pueda merecer el mecanismo ideado para superar las dificultades probatorias que debe enfrentar la persecución penal en esta materia, lo que no puede negarse es que un delito de estas características vulnera abiertamente el Derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el encabezado del artículo 8.2 CADH.³¹ y en el artículo 14.2 PIDCP.³² con rango constitucional en Chile conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 5° CPR.³³ Es el imputado, a quien se presume culpable, el que debe acreditar que no ha incurrido

²⁹ Al respecto MANFRONI, *La convención*, cit., p. 145. Cabe destacar que en el argumento va envuelta una dificultad más aparente que real, porque, en rigor, la represión de los delitos de corrupción, como en general la de cualquier delito, no exige que se acredite “el preciso momento” en que han ocurrido los hechos.

³⁰ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 29 de julio de 2005, pp. 7 y s., 37.

³¹ “*Toda persona inculpada de delito tiene Derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*”.

³² “*Toda persona acusada de un delito tiene Derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*”.

³³ Como se sabe, la Constitución de 1980 no consagra directamente el Derecho a la presunción de inocencia, no obstante que en el seno de la Comisión designada para su estudio se estuvo en un principio por hacerlo, si bien admitiendo que el legislador pudiera presumir la culpabilidad cuantas veces quisiera; lo único que se intuyó ilegítimo en ese contexto y al cabo de un debate muy confuso fue que estas presunciones fueran “de Derecho”, razón por la cual se agregó un inciso que prohibía estas últimas, en definitiva el único que llegó al texto constitucional (*Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesiones 122ª, de 20 de mayo de 1975, pp. 25 a 32, 123ª, de 22 de mayo de 1975, pp. 4 a 22, y 124ª, de 27 de mayo de 1975, pp. 5 a 17).

en ningún delito para enriquecerse. La circunstancia formal de haberse consagrado la presunción de culpabilidad mediante el expediente técnico de la tipificación de un delito autónomo naturalmente no puede –desde la única perspectiva decisiva, que es la material– servir de argumento para negar la infracción de la garantía³⁴.

Como corolario de la inversión de la carga de la prueba resulta vulnerado también el Derecho a no autoincriminarse, consagrado en los artículos 8.2 letra g) CADH.³⁵ y 14.3 letra g) PIDCP.³⁶ toda vez que el sospechoso que pretenda ejercer su Derecho a guardar silencio va a ser castigado precisamente por no realizar una actividad probatoria tendiente a demostrar el origen lícito de su incremento patrimonial, en tanto que si dicho incremento proviene de un delito se le compele –precisamente con la amenaza de dicha pena– a confesarlo. Naturalmente no pueden tomarse en serio las alegaciones ocasionales en cuanto a que con este delito no se obligaría al imputado a declarar en su contra, sino que exclusivamente a hacerlo en su favor (!)³⁷, olvidando que un aspecto medular del principio *nemo tenetur* es el Derecho a guardar silencio, sin que de ello puedan derivarse consecuencias perjudiciales para el imputado³⁸.

No es casual en este sentido que en el contexto de la Convención Inte-

³⁴ Mucho menos el posible –pero burdo– argumento con la referencia al establecimiento “legal” de la culpabilidad, pues, como es obvio, bajo ese concepto no pueden entenderse disposiciones legales que precisamente niegan la garantía. Semejante lectura supeditaría la vigencia de la garantía fundamental, en cuanto tal prevista para servir de límite a la legislación ordinaria, a la voluntad de esta última, que es lo mismo que anularla.

³⁵ “*Durante el proceso, toda persona tiene Derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas, ...g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable*”.

³⁶ “*Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá Derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas, [...] g) a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable*”.

³⁷ Un ejemplo, de la tramitación legislativa argentina, en SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 51.

³⁸ Sobre la garantía y sus alcances, entre muchos otros, DRESSLER, Joshua, *Understanding Criminal Procedure* (3ª edición, Newark, San Francisco, Lexis-Nexis, 2002), pp. 435 ss.; ROGALL, Klaus, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst* (Berlin, Duncker & Humblot, 1977), especialmente pp. 67 ss.; y en la literatura chilena BAYTELMAN, Andrés, *Tiene derecho a guardar silencio... La jurisprudencia norteamericana sobre declaración policial* (Informe de Investigación N° 13, Universidad Diego Portales, 2002), *passim*; MEDINA, Gonzalo *La primera declaración del imputado y el derecho a no declarar en perjuicio propio*, en COLOMA, Rodrigo (editor), *La prueba en el nuevo proceso penal oral* (Santiago, Lexis-Nexis, 2002), pp. 35 ss.; ZAPATA, María Francisca, *La prueba ilícita* (Santiago, Lexis-Nexis, 2004), pp. 85 ss.

americana las principales objeciones de principio a la introducción de la figura hayan provenido de los países que probablemente tengan la mayor tradición de respeto de las garantías procesal-penales en el continente, como son los Estados Unidos y Canadá. Tales objeciones condujeron en definitiva a un compromiso, consistente en que la obligación internacional rigiera sólo “con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico”. Ambos países han ratificado la Convención con declaraciones expresas en el sentido de que no incorporarán a su ordenamiento interno un delito que conculca la presunción de inocencia³⁹.

Por su parte, con anterioridad a la Convención, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en su Voto N° 1707-95, de 28 de marzo de 1995, declaró la inconstitucionalidad –y, consecuentemente, procedió a anularlos– de los incisos a) y c) del artículo 26 de la Ley N° 6872, de 17 de junio de 1983, sobre enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, esto es, precisamente de los incisos que establecían el delito de enriquecimiento ilícito propiamente tal⁴⁰. El razonamiento de la Corte fue tan simple como contundente: los preceptos impugnados “efectivamente imponen al funcionario público de que se trate el deber de demostrar el origen del aumento en su patrimonio que exceda el monto de su salario o las sumas que legalmente pueda devengar, invirtiendo el tipo penal de manera evidente la carga de la prueba en contra del encausado, violando con ello de modo flagrante el principio de inocencia en los términos prescritos por el artículo 39 constitucional, concerniéndole al órgano acusador la demostración de la procedencia ilícita del patrimonio del servidor público. De este modo, no es siquiera posible pensar en alguna interpretación de la norma que permita al juez penal su aplicación sin la lesión de los Derechos fundamentales del imputado”. En la actualidad rige en Costa Rica la Ley N° 8.422, de 6

³⁹ Al respecto MANFRONI, *La convención*, pp. 144 y s.; véase también ÁLVAREZ, Alejandro, *Justicia penal y espacio regional* (Buenos Aires, Ad Hoc, 2004), pp. 55 s.

⁴⁰ Del siguiente tenor, “Incurrirán en el delito de enriquecimiento ilícito y serán sancionados con prisión de seis meses a seis años, los servidores públicos que en el ejercicio de un cargo público, o dentro del año siguiente a la cesación de su relación de servicio, a) Adquieran bienes de cualquier índole o naturaleza, sin poder probar el origen lícito de los recursos de que han dispuesto para tal efecto, excepción hecha de su salario o de las sumas que legalmente puedan devengar [...] c) Se enriquezcan de cualquier modo como consecuencia exclusiva del cargo, sin acreditar la licitud de su aumento de fortuna y la verosimilitud de las fuentes de recursos invocadas”. De oficio, por darse las mismas razones, se anuló también el inciso e), “Incurrirán también en el delito tipificado en este artículo, los servidores cuyos cónyuges, ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, se enriquezcan sin poder dar demostración fehaciente de la licitud del incremento en sus bienes o fortuna. Para tales efectos el pariente se considerará coautor o cómplice, de conformidad con las reglas establecidas en el Código Penal”.

de octubre de 2004, contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, que si bien contiene un delito de “enriquecimiento ilícito” (artículo 45), prescinde de toda forma de inversión de la carga de la prueba, en cuanto exige el aprovechamiento ilegítimo del ejercicio de la función pública⁴¹.

En el caso chileno, coincidiendo en buena medida con la opinión mayoritariamente contraria a la inversión de la carga de la prueba⁴², incluso la Comisión Nacional de Ética Pública, no obstante recomendar en su Informe la introducción de la figura, consciente del “*carácter impreciso de la conducta sancionada y a la estructura misma del delito que supone la inversión parcial de la carga de la prueba*”, advertía “*la necesidad de adoptar, en su configuración, las medidas tendientes a garantizar del mejor modo la compatibilidad de esta nueva figura penal con los principios de un Derecho penal respetuoso de las garantías constitucionales de las personas*”⁴³. Tales reservas han acompañado, como se ha visto, todo el debate parlamentario, y si bien en definitiva se ha dado lugar al delito, no debe perderse de vista que ha sido a condición de que se resguarde debidamente la presunción de inocencia, con muy importantes consecuencias para su potencial de aplicación práctica (más abajo V).

En este contexto, en el cual la existencia de un delito de enriquecimiento ilícito parece obedecer sólo a las deficiencias institucionales y a una cierta precariedad del Estado de Derecho en países en vías de desarrollo, cabe decir, por último, algunas palabras sobre el caso del Derecho francés, que, como se ha visto, ha sido “pionero” en la materia. Al respecto debe tenerse presente que el principio de culpabilidad en el Derecho penal francés ha tenido tradicionalmente una vigencia más limitada que la que tiene en nuestra tradición jurídico-penal. Hasta el Código Penal de 1992, el De-

⁴¹ “Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interposición persona física o jurídica, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce Derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecten su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas”.

⁴² BUSTOS - MEDINA, *Aspectos de la reforma penal*, pp. 692; así como las opiniones de Antonio Bascuñán Rodríguez, durante la tramitación de la Ley N° 19.645, en *Informe de la Comisión Mixta*, de 21 de septiembre de 1999, pp. 13 y s.; y de Juan Pablo Hermosilla durante la tramitación de la Ley N° 20.088, en *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, de 29 de julio de 2005 (anexo), p. 74.

⁴³ *Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública*, N° 30.

recho galo conocía los llamados “delitos materiales”, esto es, delitos cuya sanción sólo requería la constatación material del hecho, sin necesidad de ningún elemento “moral” o “intelectual”⁴⁴, verdaderas formas de responsabilidad objetiva. En ese contexto se explica que, no obstante el nuevo Código permite esa posibilidad sólo en el ámbito de las contravenciones⁴⁵, no se discuta mayormente la subsistencia de presunciones de hecho o de culpabilidad⁴⁶, cuya conservación probablemente funciona como forma de transición hacia un Derecho penal estrictamente culpabilístico. Y si bien hasta ahora esta característica del Derecho penal francés ha logrado superar el escrutinio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto a la compatibilidad de la misma con el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁷, debería ser evidente que se trata de una situación que no puede admitirse en ordenamientos con otra tradición.

2. Tipificación de una sospecha indeterminada

Ahora bien, podría argumentarse que no vulnera la presunción de inocencia una disposición legal que se limite a describir ciertas circunstancias de hecho que razonablemente permiten colegir la responsabilidad del imputado por un delito determinado, al punto que el tribunal, aun en ausencia de norma, llegaría casi con seguridad a la misma conclusión prevista por la ley. Y, en efecto, aunque sólo en la medida en que se asegure la supervivencia del principio de libre valoración en el caso concreto, puede verse en normas como las que, por ejemplo, consagran los artículos 444⁴⁸ o 454⁴⁹ del Código Penal chileno, expresiones técnicamente torpes pero

⁴⁴ Sobre el concepto DESPORTES, Frédéric - LE GUNEHEC, Francis, *Droit pénal général* (10ª edición, París, Economica, 2003), pp. 411 s.; CONTE, Philippe - MAISTRE DU CHAMBON, Patrick, *Droit pénal général* (6ª edición, París, Armand Colin, 2002), pp. 114 s., quienes sostienen que la definición sería inexacta, porque no habría infracciones sin elemento moral o intelectual, sino que se trata de infracciones en las que éste se desprende de la sola presencia del resultado, sin que pueda desmentirse.

⁴⁵ DESPORTES - LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, pp. 412 s., 416, 465 ss.

⁴⁶ DESPORTES - LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, pp. 413 ss., quienes se refieren a ellas abiertamente como límites del principio.

⁴⁷ Véanse las referencias en STEFANI, Gaston - LEVASSEUR, Georges - BOULOC, Gaston, *Procédure pénale* (19ª edición, París, Dalloz, 2004), pp. 122 ss.

⁴⁸ “Se presume autor de tentativa de robo al que se introdujere con forado, fractura, escalamiento, uso de llave falsa o de llave verdadera sustraída o de ganzúa en algún aposento, casa, edificio habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias”.

⁴⁹ “Se presumirá autor del robo o hurto de una cosa aquel en cuyo poder se encuentre, salvo que justifique su legítima adquisición o que la prueba de su irreprochable conducta anterior establezca una presunción en contrario. - Se presumirá también autor de robo o hurto de animales aquel en cuyo poder se encuentren partes identificables de la especie

no necesariamente ilegítimas, en cuanto no hacen más que formalizar ciertas máximas de experiencia difícilmente discutibles a primera vista, sin consideración a las particularidades del caso concreto⁵⁰.

Pretender aplicar, sin embargo, este razonamiento al delito de enriquecimiento ilícito implica desconocer la diferencia radical que media entre ambas situaciones, como es que en el delito en comento al sujeto no se le imputa, en rigor, ningún delito determinado, por la sencilla razón que no se le imputa ninguna conducta. El enriquecimiento en cuanto tal no es una conducta, sino un simple estado de cosas⁵¹, el resultado de una conducta que, sin embargo, no se define mayormente. La función de la “presunción” en este caso no consiste en vincular de modo más o menos razonable ciertos hechos con la responsabilidad del acusado por un determinado delito, como sería el caso, por ejemplo, si de cierto tipo de contactos “sospechosos” entre un funcionario súbitamente enriquecido y un particular sometido a su fiscalización se pretendiera colegir un delito de cohecho, sino que simplemente sirve de sucedáneo de una imputación que ni siquiera se está en condiciones de formular⁵². Se trata de la simple enunciación de una sospecha genérica, la de haber cometido “algún (cualquier) delito”.

Por lo mismo, tampoco puede argüirse, como convincentemente se hace en otros contextos, que la presunción de inocencia y la consiguiente carga de la prueba de parte del Estado está referida en principio sólo al hecho que se imputa y no a las eventuales causas de justificación o exculpación que se dan en el mismo, las que deben ser alegadas de un modo mínimamente plausible por la defensa para que puedan ser tenidas en cuenta y sea también deber del Estado despejarlas más allá de toda duda razonable⁵³. En

robada o hurtada. - La marca registrada puesta sobre el animal robado o hurtado, constituye presunción de dominio a favor del dueño de la marca”.

⁵⁰ En ese sentido SAN MARTÍN, César, *El procedimiento penal por delitos contra la administración pública*, en SAN MARTÍN - CARO - REAÑO, *Delitos de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, pp. 415 ss.; lo reconoce sin problemas SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito*, pp. 28 s., 59, 61, 64 ss. Véase al respecto CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal* (4ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2000), pp. 515 s., con referencia al fallo “Bilsky”.

⁵¹ SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito*, pp. 27 s.; ABANTO, *Los delitos contra la administración pública*, pp. 481.

⁵² Es lo que, sin embargo, no advierte SAN MARTÍN, *El procedimiento*, pp. 427 s.

⁵³ Al respecto SAN MARTÍN, *El procedimiento penal*, pp. 425 s.; SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito*, p. 76; BRUZZONE, Gustavo - GULLCO, Hernán, *Acercas de la controvertida adecuación constitucional del tipo penal del enriquecimiento ilícito de funcionario público*, en BRUZZONE - GULLCO (coordinadores), *Teoría y práctica*, pp. 26 ss., distinguiendo, de la mano de la jurisprudencia norteamericana, entre “carga

cuanto el Estado no ha imputado –ni mucho menos probado– conducta típica alguna, una eventual “exigencia” de alegar causas de exención de responsabilidad se encuentra completamente fuera de lugar⁵⁴.

Con toda razón se ha destacado que el defecto más significativo del delito de enriquecimiento ilícito no radica tanto en la inversión de la carga de la prueba, sino que en la total indeterminación de aquello que se presume, con lo cual se vulnera irreparablemente no ya sólo el Derecho a la presunción de inocencia, sino que también el principio de reserva legal en materia penal⁵⁵, a lo que habría que agregar, como consecuencia de la total desvinculación entre castigo y conducta, el abandono de un Derecho penal de acto, toda vez que una sospecha delictiva genérica es, en definitiva, una sospecha sobre la calidad de “delincuente” y no sobre un delito determinado.

3. La fallida comparación con otros tipos penales

Es especialmente en virtud de este último defecto que no puede vencer el esfuerzo argumentativo en favor de la legitimidad del precepto desplegado durante la tramitación legislativa por Matus, a partir de la comparación con disposiciones del Derecho vigente que exhibirían una estructura similar⁵⁶. Sin perjuicio de que no constituye argumento de legi-

de producción” de la prueba y “carga de persuasión”. Véase también CHIESA, Ernesto, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos* (Bogotá, Forum, 1995), II, pp. 54 ss. Para el Derecho chileno, en particular sobre la prueba del dolo, HERNÁNDEZ, Héctor, *El delito de lavado de dinero*, en AA. VV., *Informes en Derecho, Ministerio Público* (Santiago, 2005), pp. 351 ss.

⁵⁴ Por su parte, SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito*, pp. 76 ss., hace presente que no existe una prohibición de enriquecerse que obligue a justificar excepcionalmente el enriquecimiento en cuanto tal.

⁵⁵ SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito*, pp. 27, 29, 35, 37, 56, 68 s. Entre nosotros ya lo había señalado con toda claridad Juan Pablo Hermosilla durante la tramitación legislativa, “Tal como está construido el tipo no hay una conducta definida específicamente que sea objeto de sanción, pues el aumento ilícito de patrimonio supone que se efectuaron actos ilícitos para lograrlo, pero nunca se especifica de qué actos ilícitos específicos se trata”, *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, de 29 de julio de 2005 (anexo), pp. 74 y s. No lo veían así, sin embargo, BUSTOS - MEDINA, *Aspectos de la reforma penal*, pp. 692.

⁵⁶ Intervención de Jean Pierre Matus, en *Primer Informe* (anexo), cit., pp. 75 s., “Hay que considerar que todos los delitos funcionarios establecidos en el Título V del Libro Segundo del Código Penal, titulado ‘De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos’, tienen como supuesto común penar al que se enriquece abusivamente en el ejercicio de su cargo público; esto no es contrario a un Estado democrático de Derecho. Incluso el ordenamiento jurídico actual pena delitos como la negociación incompatible (artículo 240 del Código Penal) o la exigencia de

timidad la eventual existencia de otras disposiciones igualmente ilegítimas, en este caso la comparación resulta, además, fallida⁵⁷.

Esto es particularmente claro respecto de los delitos de corrupción tipificados en el título V del libro II del Código Penal. Nadie desconoce ni pretende tildar de antidemocrático o contrario al Estado de Derecho el claro propósito legislativo de reprimir el enriquecimiento abusivo en el ejercicio de los cargos públicos. No es ése, sin embargo, el punto en discusión. Lo que está en cuestión es si con ese fin se puede prescindir de la tipificación de conductas determinadas de enriquecimiento ilícito y si el Estado puede desentenderse de su carga de acreditar las conductas delictivas que imputa, lo que, hasta ahora, nunca había ocurrido en el referido título V. Desde la perspectiva de lo que debe ser una razonable represión de las diversas formas de enriquecimiento ilícito, ciertamente se puede discutir sobre las bondades y defectos de viejas figuras penales como las de negociaciones incompatibles o exacciones ilegales, pero nadie puede sostener que ellas –como el resto de las figuras prohijadas en el Título– no describen conductas concretas o que a su respecto no rige la presunción de inocencia.

En cuanto a la existencia de delitos “construidos sobre la base de la sospecha”, los paralelos propuestos tampoco son convincentes. En lo que dice relación con la figura de no presentación de menor prevista en el artículo 355 CP.⁵⁸ no puede pasarse por alto que se trata de la no presentación de un niño que se encuentra bajo el cuidado del imputado, de modo que no tiene nada de problemático que su ausencia le sea imputada a él, precisamente quien tenía el deber de evitarla. Lo que se imputa es algo muy concreto y determinado: no haber cuidado como correspondía al niño del que se era responsable. Que el tipo penal se haya empleado ocasionalmente

dádavas (artículo 241 del Código Penal), que son actos anticipatorios o preparatorios al enriquecimiento ilícito y tampoco es antidemocrático penarlos. Hay tipos similares al que se propone, contruidos sobre la base de la sospecha, por ejemplo, la negativa a la entrega de un menor ordenada por resolución judicial. En este caso, no hay un delito sexual acreditado, sino sólo un delito contra la justicia, pero este fue el tipo esgrimido contra Paul Schaefer y el resto de los personeros de la ex Colonia Dignidad que han sido condenados. Este tipo es similar al caso del porte de ganzuas y de artefactos incendiarios. Ambos delitos penan la sospecha fundada de que las personas sorprendidas con estas especies pueden cometer delitos en el futuro”.

⁵⁷ Sobre intentos similares de legitimación por comparación en la Argentina SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito*, pp. 79 ss.

⁵⁸ “El que hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentare, reclamándolo sus padres, guardadores o la autoridad, a petición de sus demás parientes o de oficio, ni diere explicaciones satisfactorias acerca de su desaparición, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio”.

para reprimir hipótesis delictivas más graves que no habrían podido acreditarse, como sería el caso de la sustracción de menores –lo que supone, en todo caso, que el artículo 355 CP. sea efectivamente un tipo residual construido a partir de la presunción de algo más grave⁵⁹ y no una figura privilegiada⁶⁰– no permite negar el contenido de injusto de la conducta que describe, tal como no puede negarse, por ejemplo, la legitimidad del delito de abusos sexuales por el simple hecho de que a veces sirve como vehículo para la represión de una violación que no logra acreditarse.

Si bien se mira, la situación del agente en el artículo 355 CP. es esencialmente idéntica a la del funcionario encargado de caudales públicos que no los devuelve o no rinde cuenta satisfactoria de los mismos: no se le imputa en términos genéricos “algún delito”, sino derechamente la malversación de los caudales (artículo 233 CP.), porque la no devolución de una cosa ajena que se está obligado a devolver importa en principio apropiación de la misma en tanto no se dé alguna explicación razonable al respecto. No se opone a lo anterior la existencia del delito funcionario de negativa de pago o entrega del artículo 237 CP.⁶¹, en la medida en que

⁵⁹ Como lo sugiere la historia de su establecimiento, en sesión 159, de 24 de junio de 1873, el Comisionado Ibáñez se opuso al artículo “porque en él se impone una pena grave por simples presunciones de delitos”, a lo que los Comisionados Reyes y Renjifo replicaron –en rigor, confirmando– “que el artículo solo impone pena cuando no se dan explicaciones satisfactorias”, *Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno* (Santiago, Imprenta de la República de Jacinto Núñez, 1873), p. 288. En tanto que la literatura más antigua, siguiendo manifestamente a PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado* (reedición de la tercera edición de 1867, Madrid, Edisofer, 2000), p. 1166, mantenía la misma opinión. Así VERA, Robustiano, *Código Penal de la República de Chile comentado* (Santiago, Imprenta de PP. Cadot, 1883), pp. 551 s.; y FERNÁNDEZ, Pedro Javier, *Código Penal de la República de Chile explicado i concordado* (2ª edición, Santiago, 1900), II, pp. 93. En la actualidad también ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), IV, pp. 26 s.

⁶⁰ Como, sin embargo, entiende la doctrina mayoritaria al considerar que se trata de una figura especial –con una pena considerablemente menor– caracterizada por la calidad de encargado del sujeto activo y el propósito específico de atentar contra el estado civil del niño. Así FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias i comentarios del Código Penal chileno* (Lima, Imprenta Comercial, 1883), III, pp. 21; DEL RÍO, Raimundo, *Derecho Penal* (Santiago, Nascimento, 1935), III, pp. 293 s.; LABATUT, Gustavo, *Derecho penal* (7ª edición, edición, a cargo de Julio Centeno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983), II, pp. 135; GARRIDO, Mario, *Derecho penal* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), III, pp. 253; POLITOFF, Sergio - MATUS, Jean Pierre - RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), p. 203.

⁶¹ “El empleado público que, debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del

éste sanciona un mero acto de desobediencia funcionaria, necesariamente *neutral* desde el punto de vista del patrimonio o de la propiedad estatal, pues en caso contrario, según se reconoce en general, reciben aplicación sólo los tipos de malversación⁶².

Precisamente un ejemplo equivalente ha sido esgrimido en la Argentina para fundar la legitimidad del delito de enriquecimiento ilícito⁶³, sin ver, sin embargo, que en la malversación se imputa el hecho determinado de haber dispuesto indebidamente de caudales que se tenía el preciso deber de conservar, mientras que en el enriquecimiento ilícito no se imputa ninguna conducta, sino simplemente se impone la carga de demostrar que no se cometió ningún delito en relación con un estado de cosas respecto de cuya evitación no se tiene absolutamente ningún deber⁶⁴.

En lo que concierne al porte de artefactos explosivos o incendiarios (artículo 481 CP.⁶⁵), el paralelo tampoco es convincente. Y no sólo porque, como bien afirma Matus, la figura se construye sobre “la sospecha fundada de que las personas sorprendidas con estas especies pueden cometer delitos en el futuro”⁶⁶, en tanto que con el enriquecimiento ilícito se pretende reprimir

Estado, rehusare hacerlo sin causa bastante, sufrirá la pena de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio [inciso segundo]. Esta disposición es aplicable al empleado público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración”.

⁶² BUNSTER, Álvaro, *La malversación de caudales públicos* (Santiago, Universidad de Chile, 1948), p. 124; ETCHEBERRY, IV, pp. 245 s.; POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Parte especial*, p. 499; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis - OSSANDÓN, María Magdalena, *Delitos contra la función pública* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 396; GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, *La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno*, en EL MISMO, *Estudios y defensas penales* (Santiago, Lexis-Nexis, 2005), pp. 218, 266 s., 279. Por lo mismo, no es de recibo el comentario habitual en cuanto a que se trataría de una presunción o sospecha de malversación, perspectiva desde la cual sería ciertamente superflua al lado del artículo 233 ss. CPP.

⁶³ Así SOLER, Sebastián, *El proyecto de Código Penal del Dr. Sebastián Soler y sus antecedentes*, en *Cuadernos de Ciencia Penal y Criminología* 6 (Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1964), p. 263. “Pues bien, no hay nada desmedido, irregular o excesivamente severo en imponer a los funcionarios un deber semejante al que recae sobre un administrador común, al cual se le exige, bajo amenaza penal, una rendición de cuentas con la cuidadosa separación de los bienes del administrado. Pues bien, la asunción de un cargo público, comporta un deber semejante, un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial”.

⁶⁴ Crítico al respecto SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito*, pp. 31, 77 s.

⁶⁵ “El que fuere aprehendido con bombas explosivas o preparativos conocidamente dispuestos para incendiar o causar alguno de los estragos expresados en este párrafo, será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio; salvo que pudiendo considerarse el hecho como tentativa de un delito determinado debiera castigarse con mayor pena”.

⁶⁶ *Primer Informe* (anexo), cit., pp. 75 s.

conductas pretéritas que se ha sido incapaz de acreditar, sino porque es evidente el propósito legislativo de establecer un delito de peligro abstracto –basado precisamente en la señalada sospecha– y no una genuina presunción. El único sentido en que se puede hablar de una “presunción” tratándose de un delito de peligro abstracto, es que al legislador le ha parecido, esto es, presume –seguramente con razón, atendida su peculiar naturaleza– que el porte de tales objetos resulta *per se* lo suficientemente peligroso como para justificar su represión, sin exigir nada más, en particular, sin esperar a que se dé principio de ejecución a algún delito de lesión⁶⁷. Por cierto se puede debatir arduamente sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en general y sobre la figura en particular, pero desde una perspectiva que nada tiene que ver con lo que se le objeta al enriquecimiento ilícito, pues se trata de una conducta descrita con toda claridad por la ley.

Por último, lo mismo puede decirse de la producción, expendio o tenencia de llaves falsas y ganzúas (artículo 445 CP.⁶⁸). Se trata de un delito de peligro abstracto⁶⁹, lo que no se ve alterado por el hecho de que la ley haga depender la punibilidad de la conducta de la insuficiencia de los descargos del sospechoso. Si bien la existencia misma de tal mecanismo procesal demuestra la “mala conciencia” de un legislador que advierte que el adelantamiento de la barrera de protección de la propiedad es exagerado y puede conducir a consecuencias tan absurdas como injustas –lo que confirma las dudas fundadas sobre la legitimidad del precepto⁷⁰–, tampoco en este caso se puede negar que lo que se le imputa al sujeto, a diferencia de lo que ocurre con el enriquecimiento ilícito, se encuentra claramente definido por la ley.

⁶⁷ De “presunciones motivadoras” o de “presunciones en sentido amplio” habla VOGEL, Joachim, *Los límites constitucionales a las presunciones del Derecho penal económico alemán*, en ARROYO ZAPATERO, Luis - TIEDEMANN, Klaus (editores), *Estudios de Derecho penal económico* (trad. Nieto Martín, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1994), pp. 50 s.

⁶⁸ “El que fabricare, expendiere o tuviere en su poder llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su fabricación, expendición, adquisición o conservación, será castigado con presidio menor en su grado mínimo”.

⁶⁹ Más aún, para un sector de la doctrina se trata de un delito de *peligro concreto*, que supone preparación efectiva de un robo determinado, así ETCHEBERRY, III, p. 333.

⁷⁰ Críticamente GARRIDO, Mario, *Derecho penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), IV, pp. 242; también MERA, Jorge, *Derechos Humanos en el Derecho penal chileno* (Santiago, ConoSur, 1998), p. 144. La crítica de Mera se extiende también al ya citado artículo 481 CPP, postura ciertamente respetable, pero que parece desconocer que ambas figuras exhiben manifiestas diferencias en cuanto a su peligrosidad intrínseca.

4. Imposibilidad de un estatuto especial con renuncia anticipada y genérica de garantías

En el debate en torno al delito de enriquecimiento ilícito se leen con mucha frecuencia afirmaciones sobre el especial deber de probidad que pesa sobre los funcionarios públicos, afirmaciones con las cuales, naturalmente, no se puede sino estar de acuerdo. Sin embargo, esto no puede significar en ningún caso que a su respecto se prescindiera de las garantías básicas que rigen para el resto de los ciudadanos, como en alguna medida se ha querido sugerir por los defensores de la figura⁷¹.

No es posible aceptar un *status* jurídico disminuido de los funcionarios a partir, por ejemplo, de la doctrina de los actos propios o como contrapartida ineludible de su posición de mayor exposición pública, criterios que si bien permiten fundar ciertas modulaciones en su esfera de Derechos, de ningún modo permiten privarlos de garantías fundamentales, mucho menos en materia penal⁷². Al respecto debe destacarse que, con independencia del debate sobre el carácter renunciabile o irrenunciabile de los Derechos fundamentales o, en caso de aceptarse lo primero, sobre a cuáles se puede legítimamente renunciar⁷³, lo que se está planteando en este contexto es una renuncia anticipada y genérica –además de tácita, por el simple hecho de ingresar al servicio público– a las mismas, lo que desde todo punto de vista resulta inaceptable.

5. La negación de la inversión de la carga de la prueba a través de un “delito de omisión”

Otra de las estrategias ensayadas para la legitimación del delito de enriquecimiento ilícito consiste en negar que con éste se consagre una inversión de la carga de la prueba respecto de las supuestas conductas ilícitas previas en las que tendría su origen el enriquecimiento, afirmándose al efecto que lo injusto del delito no radica en tales conductas previas –las que, desde esta perspectiva, serían del todo irrelevantes–, sino exclusivamente en la omisión de justificar el origen del enriquecimiento. Así pues, el enriquecimiento ilícito sería un *delito de omisión propia*, por el cual se reprimiría la infracción de un deber que pesaría sobre los funcionarios públicos, el deber de justificar en todo momento su situación patrimonial.

⁷¹ Al respecto SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito*, pp. 24 s.

⁷² Al respecto, con detalle, BRUZZONE - GULLCO, en BRUZZONE - GULLCO (coordinadores), *Teoría y práctica*, pp. 17 ss., 29 ss., quienes exploran, entre otros puntos, los alcances de la doctrina de los actos propios y de la renuncia de Derechos, así como el efecto de la exposición pública en la intensidad de la protección penal del honor.

⁷³ Sobre el punto BRUZZONE - GULLCO, en BRUZZONE - GULLCO (coordinadores), *Teoría y práctica*, pp. 20 ss.; SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito*, p. 25.

Este planteamiento ha tenido gran acogida en la Argentina, donde lo favorece una redacción legal referida al que “al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable”⁷⁴. Así lo planteaba abiertamente Soler a propósito de su proyecto de 1960⁷⁵, que sirvió de base para la posterior tipificación de la figura, y lo mantienen en la actualidad autores como Creus, autor este último de gran influencia en la jurisprudencia y que ha sostenido que en el enriquecimiento ilícito “la acción no es la de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, con lo cual la ley no está consagrando una presunción, sino imponiendo un deber y sancionando un incumplimiento”⁷⁶.

Diffícilmente puede convencer, sin embargo, una estrategia que pretende negar el inequívoco –y reconocido⁷⁷, además– trasfondo probatorio del tipo penal con un simple artilugio semántico, como si el legislador fuera totalmente libre para eludir las garantías procesales a través de definiciones sustantivas. Que en buena medida éste pueda modular las exigencias probatorias con tales definiciones, por ejemplo, prescindiendo de un resultado o de otras potenciales circunstancias típicas, prescindiendo de la efectiva lesión del bien jurídico, o bien, haciendo bastar la concurrencia de culpa para la imposición de la pena, es algo evidente y que está fuera

⁷⁴ Aunque también tiene influencia en la doctrina de otros países, cfr. ABANTO, *Los delitos contra la administración pública*, pp. 480 y s., si bien, en rigor, sólo quiere expresar en términos sustantivos la manifiesta –y criticada– inversión de la carga de la prueba. Véase también CARO, *El delito de enriquecimiento ilícito*, pp. 112, 146 s.

⁷⁵ SOLER, *El proyecto de Código Penal*, pp. 263, donde al comentar el artículo 346 señala: “Pero hay otra consideración más simple aún, que permite resolver el problema en una forma nada excepcional o presuntiva. Ya en otros casos hemos señalado la necesidad de subrayar la existencia positiva de deberes; son muchas las figuras en cuya base se encuentra una exigencia positiva; en los delitos de comisión por omisión [sic] esa es también la regla”. Los párrafos pertinentes están transcritos también en SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino. Parte Especial* (3ª edición, 8ª reimpresión, Buenos Aires, TEA, 1978), V, pp. 205 s.

⁷⁶ CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial* (5ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1996), II, p. 325.

⁷⁷ Así, antes de formular la tesis de la omisión, SOLER, *El proyecto de Código Penal*, p. 262, dice: “Así resulta que la dificultad de esa prueba concretamente referida a un hecho, viene a determinar absoluciones que podríamos llamar escandalosas... 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. En línea de principios, esa fundamentación no es simpática en Derecho penal; pero toda vez que es innegable la existencia de esa dificultad, parece prudente ver si sobre la base de otros principios menos dudosos es posible alcanzar un resultado prácticamente satisfactorio”.

de discusión⁷⁸. Pero una cosa distinta es que, luego de definir con amplia libertad lo que debe ser punible, pretenda, además, con un simple giro de redacción, exonerar al órgano acusador de su deber de acreditar lo así definido⁷⁹.

Pero, además, la tesis del delito de omisión, en sí misma, no resiste un análisis detenido si la lleva hasta sus últimas consecuencias. En efecto, si realmente se tratara de un delito de omisión, esto es, si realmente se castigara por la pura infracción del deber, sin consideración a la conducta previa de enriquecimiento, entonces debería ser indiferente el contenido de la explicación que diera el funcionario: si ha sido completa debería seguirse de ella la impunidad, siempre. Pero ciertamente no es así, pues determinadas explicaciones –precisamente aquéllas que se sospechan y que están en el origen del delito– dan lugar al castigo aún más severo del funcionario, demostrando que constituyen el verdadero objeto de la figura, en tanto que la “omisión” no es más que un mecanismo de inversión de la carga de la prueba⁸⁰.

Por otro lado, e incluso con prescindencia de las graves dificultades interpretativas –especialmente en materia de consumación y de prescripción⁸¹– que trae consigo concebir el delito como uno de omisión propia, la aplicación consistente de la tesis tiene consecuencias contraintuitivas, cuando no abiertamente absurdas, lo que parece confirmar que no se trata sino de un artilugio. Así, por ejemplo, si por cualquier medio independiente de la voluntad del funcionario se encontrara evidencia –que éste por alguna razón no ha querido aportar– que permite justificar el origen lícito del incremento patrimonial, de todas maneras debería castigarse, porque el fundamento del castigo radica exclusivamente en el incumplimiento del deber de dar explicaciones al respecto⁸². Todo indica, sin embargo, que en un caso así ningún juez sensato impondría un castigo, con lo que se reconoce que no es la omisión del deber, sino exclusivamente la supuesta conducta ilícita previa lo que se sanciona con la figura⁸³.

Termina por sepultar la viabilidad de esta postura cualquier consideración en serio del bien jurídico supuestamente protegido por la figura.

⁷⁸ Al respecto, entre otros, HEINE, Günter, *Beweislastumkehr im Strafverfahren?*, en *JZ.* (1995), p. 651 (652).

⁷⁹ Así también, como algo obvio, HEINE, en *JZ.* (1995), p. 651 (652).

⁸⁰ Así SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito*, p. 32.

⁸¹ Al respecto, por ejemplo, INCHAUSTI, *Enriquecimiento ilícito*, p. 64.

⁸² Debe reconocerse en este punto la coherencia de CREUS, II, p. 323, quien acepta expresamente esta consecuencia; también lo hace MANFRONI, *La convención*, p. 148.

⁸³ Así, con ejemplos, SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito*, pp. 105 ss.

Si efectivamente se tratara de un delito de omisión, el único posible bien jurídico protegido sería algo así como la “buena fama” de los funcionarios públicos⁸⁴, en cuanto presupuesto de la confianza pública en la administración y, en consecuencia, del buen funcionamiento de la misma. Lo peculiar del caso es que dicha buena fama no se protege reprimiendo ataques injustificados contra la misma, como es normal en los delitos contra el honor, ni contra determinadas actuaciones ilícitas del funcionario que la lesionen, sino que reprimiendo al afectado de los ataques que no es capaz de demostrar en todo momento su rectitud. Que se pueda imponer como deber la conservación de un estado que, en rigor, al margen del cumplimiento de los precisos deberes de conducta que pesan sobre los funcionarios, no depende de la voluntad de los mismos, resulta *per se* poco plausible, pero pretender, además, reafirmarlo con la amenaza de una pena es simplemente un despropósito⁸⁵.

En definitiva, la tesis del delito de omisión no es de recibo. Peor aún, a diferencia del reconocimiento abierto y franco de la inversión de la carga de la prueba, por su falta de honestidad se trata de una tesis mucho más insidiosa.

6. El enriquecimiento como conducta residual: entre la inutilidad y la indeterminación

Ante los insalvables obstáculos que debe enfrentar la legitimación de un tipo penal que, en rigor, no es más que la tipificación de una sospecha genérica, se han intentado algunas interpretaciones alternativas que, por la vía de negar conscientemente su esencia, procuran hacerlo compatible con los principios jurídico-penales fundamentales. Merecen destacarse en este

⁸⁴ En esa línea algunos pronunciamientos de la jurisprudencia argentina. Así, en el caso “Pico” (1998), la Cámara Nacional y Correccional Federal de la Capital Federal señalaba: “El enriquecimiento patrimonial desproporcionado, ab initio sin justificación aparente, lesiona el bien jurídico, porque todos los administrados al percibir por sí mismos el cambio sustancial en el patrimonio del funcionario se representarán —fundada o infundadamente— que está originado en su actividad pública y por ende que los perjudica”, citado de SOSA, Omar - PORTOCARRERO, Elpidio, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (artículo 268 [2] CPP) en la jurisprudencia*, en BRUZZONE - GULLCO (coordinadores), *Teoría y práctica*, p. 55. Ya antes SOLER, *El proyecto de Código Penal*, pp. 262 s.: “la sola circunstancia del cambio no aclarado de fortuna de los funcionarios públicos constituye en sí mismo un grave mal ejemplo en una república, porque la gente, guiada por puro sentido común, sospecha de la coincidencia temporal entre el enriquecimiento y el desempeño de una función, especialmente si el hecho pasa en silencio”.

⁸⁵ Así también, respecto de un supuesto “deber de explicación” de los funcionarios, ABANTO, *Delitos contra la administración pública*, pp. 482 s.

sentido algunos intentos desarrollados en el Perú, consistentes en enfatizar el carácter residual del tipo, línea de interpretación que puede ensayarse, de modo tanto o más plausible, respecto de todos los tipos penales de enriquecimiento ilícito en los cuales la inversión de la carga de la prueba no venga expresamente impuesta por la ley⁸⁶.

A título ejemplar, puede mencionarse el bien documentado estudio de Carlos Caro, quien postula que el injusto del delito consiste en la conducta ilícita “por razón del cargo” que despliega el funcionario y que da lugar al enriquecimiento. Sostiene, además, a pesar del “indicio” de enriquecimiento ilícito previsto en el inciso segundo del artículo 401 CP, que dicha conducta ilícita no puede ser presumida, sino que debe ser efectivamente acreditada en un proceso judicial contra el funcionario, con lo cual, en efecto, se respeta plenamente la presunción de inocencia⁸⁷.

Surge entonces la pregunta por el sentido práctico que tendría un tipo penal de esas características, en circunstancias que, como se sabe, es precisamente la dificultad de acreditar las conductas ilícitas en que se origina el incremento patrimonial lo que ha motivado la introducción de tipos de enriquecimiento ilícito. Pues si se acredita dicha conducta ilícita previa, simplemente debería sancionarse en virtud del respectivo tipo penal, sin necesidad de recurrir a esta figura. Con la respuesta, Caro desarrolla su concepción general sobre el delito, entendiéndolo como un delito residual pero no —o no sólo— desde una perspectiva procesal, esto es, en el sentido de abarcar aquello que no puede ser probado, sino que en un sentido material o, en sus palabras, con función de complementariedad: el delito de enriquecimiento ilícito recoge todas las formas indebidas de enriquecerse por razón del cargo que no se encuentran especialmente tipificadas⁸⁸.

Más allá de las dudas subsistentes respecto de la verdadera utilidad de un tipo penal entendido en estos términos, y no obstante que la interpretación propuesta permite superar varias de las objeciones más serias que se le dirigen a la figura de enriquecimiento ilícito, no puede desconocerse que al mismo tiempo genera otro problema, no necesariamente menos grave,

⁸⁶ Durante la discusión parlamentaria en Chile el diputado Bustos elogió la solución del Derecho peruano, entendiéndola manifiestamente en el sentido que se enuncia en el texto: “En Perú se encontró una fórmula que respeta las reglas del debido proceso y establece una disposición penal de carácter residual”, en *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados*, sesión 23ª, de 3 de agosto de 2005, p. 21.

⁸⁷ CARO, *El delito de enriquecimiento ilícito*, pp. 141, 147, 148 ss., y especialmente pp. 184 ss. Estas apreciaciones nítidamente entran en colisión con las expuestas, en el mismo volumen, por SAN MARTÍN, *El procedimiento penal*, p. 428.

⁸⁸ CARO, *El delito de enriquecimiento ilícito*, p. 204 ss.

en la medida en que adquiere una amplitud difícilmente compatible con el principio de determinación de los tipos penales y, más aún, tomado al pie de la letra, sugiere una verdadera cláusula analógica, diseñada para hacerse cargo de cualquier otra forma imaginable de enriquecimiento por razón del cargo que no haya sido especialmente prevista por el legislador⁸⁹. Sobre esto se volverá más adelante (más abajo V).

V. EL CASO CHILENO: ¿ILEGITIMIDAD O INUTILIDAD?

Hasta aquí se han destacado en general los defectos intrínsecos de un tipo penal de enriquecimiento ilícito y se ha procurado refutar las estrategias de legitimación desarrolladas tanto para obtener su introducción como para defender su subsistencia. Corresponde ahora hacerse cargo de los contornos concretos que ha asumido la figura en el Derecho chileno, desde el punto de vista de las garantías fundamentales y de su potencial de aplicación. Con todo lo dicho en las páginas precedentes podría darse por descontado el juicio negativo que al respecto merece la nueva tipificación del artículo 241 bis CP. Sin embargo, ese juicio debe matizarse a la luz de las enmiendas introducidas durante la discusión parlamentaria, todas las cuales tuvieron como propósito evitar cualquier vulneración de la presunción de inocencia, y en virtud de las cuales hay buenas razones para sostener que el nuevo tipo penal sí se ajusta a los principios constitucionales, si bien a costa, irónicamente, de constituir una figura inútil.

Como ya se ha dicho, el inequívoco propósito inicial de los promotores de la figura en el Senado era invertir la carga de la prueba respecto del carácter ilícito del incremento patrimonial obtenido durante el ejercicio de un cargo público. Este propósito chocaba, sin embargo, con la clara conciencia que se había logrado imponer en la corporación en cuanto a que semejante inversión de la carga de la prueba vulneraba el Derecho a la presunción de inocencia, razón que, por lo demás, había estado en el fondo del rechazo del Senado a otras iniciativas anteriores de establecer un delito de enriquecimiento ilícito (más arriba III 1). Más aún, también en esta oportunidad la Comisión del Senado rechazó en un primer momento las iniciativas al respecto⁹⁰, en tanto que a propósito de la indicación que en definitiva tuvo éxito, las objeciones desde el punto de vista de la pre-

⁸⁹ El único límite reconocido por CARO, *El delito de enriquecimiento ilícito*, p. 206, consiste en que los actos deben implicar la infracción de un efectivo deber funcionario, sin que baste una infracción meramente moral, límite que, en todo caso, no compartiría toda la doctrina peruana.

⁹⁰ Se rechazó en dos oportunidades una indicación del senador Bombal: “porque el tipo penal propuesto atenta contra la presunción de inocencia al no estar redactado en

sunción de inocencia no decayeron en ningún momento. Al respecto, el Ministro Secretario General de la Presidencia señaló que “*las propuestas de redacción traídas al debate contrarían el principio constitucional de presunción de inocencia, puesto que obligan al imputado a acreditar que su enriquecimiento ha sido obtenido por medios lícitos*”⁹¹, a lo que el senador Fernández agregó que “*la carga de la prueba de la ilicitud del enriquecimiento de una autoridad o funcionario perseguido por este delito debería recaer siempre en el Ministerio Público*”⁹², en tanto que el propio senador Andrés Zaldívar, uno de los autores de la indicación, se apuraba en aclarar que “*la figura penal contenida en la indicación no rompe el principio de presunción de inocencia, el cual conserva plena vigencia, ya que es el Ministerio Público quien deberá probar que el incremento patrimonial es ilícito y no será el funcionario quien deba acreditar que lo ha obtenido legítimamente, porque éste es el orden de cosas normal y lo que se debe probar es lo que se aparta de ese orden*”⁹³.

Se llegaba así necesariamente a un compromiso básico que, si bien permitió que la iniciativa prosperara, al mismo tiempo transformó la naturaleza de la figura. Luego de oírse al Prof. Acosta, la Comisión acordó una redacción cuyo inciso tercero, según se destacó, “*materializa la voluntad de que la prueba del enriquecimiento ilícito será siempre de cargo del Ministerio Público, lo que salva cualquier reparo vinculado con el principio de presunción de inocencia*”⁹⁴.

En la medida, sin embargo, en que el texto aprobado seguía aludiendo a que el funcionario no pudiera acreditar el origen legítimo del incremento patrimonial⁹⁵, no podía extrañar el posterior rechazo en la Cámara. El diputado Burgos lo expresó con toda claridad, cuando luego de advertir que no podía aprobarse un precepto inconstitucional, señaló que eso podría ocurrir con el artículo en comentario “*pues el tipo criminoso que se propone pareciera obligar al perseguido penalmente a declarar en contra de sí mismo, produciéndose una repugnante inversión de la carga de la prueba. Es cierto que lo que se establece en el primer inciso del artículo 12 propuesto se intenta*

términos positivos y al hacer caer todo el peso de la prueba sobre el inculpado”, en *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, de 29 de julio de 2005, pp. 34 s.

⁹¹ *Primer Informe*, cit., p. 37.

⁹² *Primer Informe*, cit., p. 37.

⁹³ *Primer Informe*, cit., p. 37.

⁹⁴ *Primer Informe*, cit., p. 38.

⁹⁵ En efecto, el inciso primero del artículo 241 bis aprobado por la Comisión del Senado rezaba en lo pertinente: “*El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial sin que pueda acreditar su origen legítimo, será sancionado [...]*”.

*mitigar en su inciso tercero, al señalar que la prueba del enriquecimiento injustificado corresponderá al Ministerio Público. Sin embargo, la verdad sea dicha, ese intento confunde aún más las cosas, porque dispone que el funcionario público que no pueda acreditar, o sea, que no pueda probar su enriquecimiento injustificado, recibirá las sanciones que allí se señalan. Acto seguido, con algún temor, el legislador del Senado agregó que la prueba corresponderá al Ministerio Público. ¿En qué quedamos? ¿De quién es la prueba? ¿Del imputado o del querellante? Creo que la forma de arreglar la repugnancia que importa alterar la carga de la prueba de un juicio penal es un mal intento*⁹⁶.

Por último, el asunto se resolvió en la Comisión Mixta, mediante la propuesta del diputado Uriarte de suprimir en el inciso primero la referencia a la imposibilidad de acreditar el origen legítimo del incremento por parte del funcionario⁹⁷, con lo cual quedó inequívocamente establecido que la carga de la prueba recaía en forma exclusiva en el Ministerio Público⁹⁸.

Ahora bien, esto que respecto de cualquier otro delito resulta obvio y, por lo mismo, superfluo⁹⁹, no lo es en absoluto en el contexto de un delito de enriquecimiento ilícito, que se define precisamente por la inversión de la carga de la prueba. Que al Ministerio Público le corresponda acreditar el enriquecimiento injustificado del funcionario y que esto represente una decidida exclusión de cualquier forma de inversión de la carga de la prueba no puede sino significar que el Estado está obligado a rendir la

⁹⁶ Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, sesión 23ª de 3 de agosto de 2005, pp. 16. Se suman a él en este punto, en el mismo sentido, los diputados Bustos (pp. 21) y Tuma (pp. 22).

⁹⁷ Informe de la Comisión Mixta, pp. 6.

⁹⁸ Así lo expresaba el diputado Burgos, dando cuenta en sala a la Cámara: “No se obtuvo el consenso deseado en la Comisión Mixta, pero se logró cambiar la redacción propuesta por el Senado, porque, en términos bastante concretos —lo digo con respeto—, tenía un error grave, puesto que alteraba la carga de la prueba. Se suponía que era el imputado quien debía probar su inocencia, para decirlo en términos bastante concretos, y eso, obviamente, desde el punto de vista del conocimiento, ya sea previo o posterior de la ley, anticipaba un vicio de constitucionalidad mayor. Eso quedó resuelto de manera positiva, en el sentido de que, como todo delito y en virtud de la regla general, quien debe probar la existencia del mismo es quien ejerce la acción y no aquel quien es imputado”, en Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, sesión 49ª, de 11 de octubre de 2005, p. 22. Y el senador Espina en igual cometido ante la sala del Senado: “También se deja expresamente establecido en el inciso tercero del artículo 241 bis propuesto en el informe que ‘la prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público’, respetándose el principio de inocencia y reafirmandose que dicho organismo debe probar los hechos”, en Diario de sesiones del Senado, sesión 41ª, de 12 de octubre de 2005, p. 21.

⁹⁹ Así lo ve el Oficio N° 545-2006 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, de 21 de junio de 2006, III. 10, sin extraer mayores consecuencias del debate parlamentario.

“prueba diabólica”, esto es, a demostrar el hecho negativo consistente en la ausencia de toda posible justificación del incremento patrimonial, lo que, en cuanto imposible, en términos prácticos implica la necesidad de acreditar positivamente el origen ilícito del mismo.

Otra lectura contradiría no sólo el tenor de la ley, sino que especialmente el inequívoco compromiso alcanzado en el Parlamento y, en todo caso, la presunción de inocencia consagrada con rango constitucional. Así, por ejemplo, no se puede sostener seriamente en este contexto que el Ministerio Público satisface las exigencias legales acreditando simplemente el hecho mismo del incremento patrimonial relevante, quedando entregado al funcionario la justificación de su origen, pues esa es precisamente la inversión de la carga de la prueba característica de un delito de enriquecimiento ilícito, tal como lo demuestra, por lo demás, la experiencia comparada¹⁰⁰, inversión que el legislador chileno decididamente rechazó. Evidentemente el meollo del asunto no radica en quién debe acreditar el incremento patrimonial¹⁰¹, sino que en quién debe demostrar el carácter “injustificado” —o “ilícito”, como señala el inciso segundo— del mismo. Y en el Derecho chileno inequívocamente esa tarea corresponde al Ministerio Público, en ningún caso al imputado.

En contra se podría argumentar que, sin desconocer que la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público, no se puede pretender que este organismo esté obligado a rendir una *diabolica probatio* imposible, sino que simplemente debe demostrar su imputación más allá de toda duda razonable, para lo cual debe bastar con que pueda excluir razonablemente las posibles fuentes legítimas de enriquecimiento que vengan en consideración en el caso concreto¹⁰², tal como, por lo demás, ocurre en la normalidad de los casos¹⁰³. La objeción sería impecable si no fuera porque en este caso, a diferencia de lo que ocurre en los verdaderos casos normales, la denunciada ausencia de una imputación concreta y determinada priva de todo punto

¹⁰⁰ En efecto, respecto del caso argentino, la síntesis jurisprudencial de SOSA - PORTOCARRERO en BRUZZONE - GULLCO (coordinadores), *Teoría y práctica*, pp. 39 ss.; para el Perú, SAN MARTÍN, *El procedimiento penal*, pp. 427 s.

¹⁰¹ Que el funcionario imputado tuviera además que demostrar que no se ha enriquecido sería un extremo delirante, totalmente desconocido en el Derecho comparado.

¹⁰² Así parece entenderlo el ya citado Oficio N° 545 - 2006 del Ministerio Público, III. 5.

¹⁰³ Sobre este mecanismo de exclusión en materia probatoria HERNÁNDEZ, Héctor, *La problemática de la “causalidad genera” en el Derecho penal chileno (con ocasión del artículo 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal)*, en *Política Criminal* 1 (2006), A-7, 1 (24 ss.).

de apoyo racional a cualquier inferencia probatoria. En efecto, cuando ya no se trata de acreditar una determinada conducta ilícita lucrativa sino de excluir cualquier posible origen lícito, faltan irremediablemente, por la desmesurada amplitud del contexto, que en rigor abarca todo lo imaginable, las bases mínimas para un juicio en cualquier sentido. Pretender condenar bajo esas condiciones ya no tiene nada que ver con una convicción más allá de toda duda razonable, sino que abiertamente implica traspasar la carga de la prueba al imputado, esto es, precisamente lo que la ley ha querido evitar. Todo indica, en consecuencia, que ante la imposibilidad de excluir todos los posibles orígenes lícitos del enriquecimiento, la tarea del Ministerio Público no puede ser otra que la de probar positivamente —ahora sí: más allá de toda duda razonable— la conducta ilícita de la cual, se cree, proviene el incremento patrimonial del funcionario.

Como es obvio, esto no tiene nada de malo y, más bien al contrario, responde al régimen normal de la prueba penal en un Estado de Derecho respetuoso de las garantías fundamentales de las personas. En ese sentido el trabajo legislativo ha sido intachable. Sin embargo, en cuanto se trata de una figura que por mandato expreso de la ley sólo tiene aplicación residual, queda aparentemente condenada a la inaplicabilidad, pues en caso de no rendirse prueba suficiente se debe absolver, en tanto que en los casos en que sí pueda acreditarse el origen ilícito del incremento patrimonial, recibirá aplicación preferente el delito específicamente cometido. Se trataría, en consecuencia, de un delito inútil.

El único alcance práctico que se le podría asignar al artículo 241 bis CP. sería el de ser un tipo penal residual en sentido material, que abarque toda forma de enriquecimiento ilícito que no se encuentre especialmente tipificada en la ley, con lo cual, en rigor, deja de corresponder a lo que se entiende por un genuino delito de enriquecimiento ilícito. Algunas de las intervenciones durante el trámite legislativo parecen abonar esa interpretación. Tal es el caso, por ejemplo, de la ya citada intervención del senador Andrés Zaldívar, quien luego de destacar que es el Ministerio Público el que debe acreditar el origen ilícito del enriquecimiento destaca que “*si en el curso de la investigación el fiscal constata indicios de la existencia de otros delitos o de uno de mayor gravedad, es su responsabilidad optar [por] cuáles persigue y en qué forma lo hace*”¹⁰⁴, con lo cual inequívocamente se está refiriendo a dos grupos de hipótesis efectivamente probadas de enriquecimiento ilícito: las que están especialmente tipificadas y las que no lo están y sólo son subsumibles en el nuevo tipo residual.

¹⁰⁴ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 29 de julio de 2005, p. 37.

Sin embargo, como ya se ha sostenido a propósito de la posición de un sector de la literatura peruana (más arriba IV 6), semejante interpretación ofrece serias dudas en cuanto a su compatibilidad con las exigencias del principio de legalidad, más específicamente con el de determinación o taxatividad. A diferencia de lo que ocurre con reconocidos tipos penales residuales, como la estafa residual (artículo 473 CP.) o los daños (artículos 484, 487 CP.), cuyas conductas típicas se encuentran razonablemente establecidas en la ley¹⁰⁵, tratándose del enriquecimiento ilícito no existen bases que permitan precisar suficientemente el objeto de la incriminación¹⁰⁶. Como ha señalado un partidario de la norma, “*se requeriría una mejor definición, legal o doctrinaria, de lo que se entiende por ‘enriquecimiento ilícito’, porque hay muchas formas indebidas o inmorales de enriquecerse, pero que no necesariamente caen dentro del concepto de ilícito penal*”¹⁰⁷. En la medida en que tal definición falte, esta posible interpretación del tipo de enriquecimiento ilícito queda también en entredicho a la luz del texto constitucional (artículo 19 N° 3 inciso octavo CPR).

Si bien se mira, a esta posible interpretación subyace la idea de un tipo genérico y residual de corrupción, en la línea, por ejemplo, del artículo 323 del Código italiano¹⁰⁸. Sin embargo, la implementación de esta idea, de por sí problemática desde un punto de vista del principio de determi-

¹⁰⁵ Si bien, en el caso de la estafa residual, con la ayuda de una interpretación doctrinaria y jurisprudencial desarrollada a través de décadas. Al respecto, HERNÁNDEZ, Héctor, *Aproximación a la problemática de la estafa*, en AA. VV., *Problemas actuales de Derecho penal* (Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003), pp. 147 ss.

¹⁰⁶ Distinto es el caso sólo del artículo 373 CPP: “*Los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código [...]*”, norma ésta que, sin embargo, precisamente por su enorme indeterminación es objeto de severa crítica, a cuyo respecto véanse: MERA, *Derechos Humanos*, pp. 65 s.; en tanto que RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), pp. 241, lo considera compatible con el principio de taxatividad, pero sólo luego de atribuirle un sentido muy preciso —acciones sexuales en público— que no se desprende inequívocamente del texto ni es unánime en la doctrina ni en la práctica), de modo que no sirve de gran argumento a favor de una lectura similar del artículo 241 bis CPP.

¹⁰⁷ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 29 de julio de 2005 (anexo), p. 76.

¹⁰⁸ “*Salvo il fatto che non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero reca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità*”. En la misma línea

nación¹⁰⁹, supone al menos alguna referencia a la infracción de deberes funcionarios determinados o razonablemente determinables, referencia que entre nosotros simplemente no existe.

Con todo, debe reconocerse que, en la medida en que el sentido de las precisiones necesarias puede verse de algún modo sugerido por el texto, se trata de una cuestión discutible, respecto de la cual es difícil emitir juicios categóricos. Con independencia, sin embargo, del resultado de una eventual cuestión de constitucionalidad, resulta manifiesta la necesidad de intervención legislativa, sea para suprimir el precepto, sea para perfeccionarlo en la línea que se acaba de mencionar, la única susceptible de ser legitimada en nuestro sistema de garantías.

VI. REFLEXIONES FINALES DE POLÍTICA CRIMINAL

Así las cosas, resultaría inoficioso adelantar aquí opiniones sobre las cuestiones dogmáticas que plantearía el tipo de enriquecimiento ilícito en el evento de ser efectivamente aplicable¹¹⁰. En su lugar, valgan unas reflexiones político-criminales finales.

Como se ha intentado demostrar en las páginas precedentes, un tipo de enriquecimiento ilícito es incompatible con las garantías fundamentales consagradas en nuestro ordenamiento constitucional y reconocidas, en general, en nuestro entorno. La única explicación —ya que en ningún caso justificación— de su buena fortuna en el Derecho comparado se encuentra en el sentimiento de impotencia con que en muchos países se asiste periódicamente a procesos generalizados de corrupción sin que los responsables reciban sanción alguna. Testimonios de ese tipo abundan en las exposiciones de motivos que acompañan los proyectos legislativos, pasando por alto, sin

se encuentran, entre otros, el artículo 382 del Código portugués (abuso de poder), o el artículo 162 del Código uruguayo (agravación por enriquecimiento, artículo 163 ter N° 2).

¹⁰⁹ Respecto del artículo 323 CPP italiano en su versión de 1990, que simplemente se refería al abuso del oficio, CRESPI, Alberto - STELLA, Federico - ZUCCALÀ, Giuseppe, *Commentario breve al Codice penale* (Padova, Cedam, 1992), pp. 730 s., 739 s. La reforma de 1997 habría tenido por objeto elevar el grado de determinación del precepto, por la vía de exigir la violación formal de normas legales o reglamentarias. Al respecto DOLCINI, Emilio - MARINUCCI, Giorgio, *Codice penale commentato. Parte speciale* (Milano, IPSOA, Assago, 1999), artículo 323 marg. 1, 21 ss. (pp. 1816, 1821 ss.).

¹¹⁰ Entre las que cabría mencionar, los alcances de la exigencia de tratarse de un incremento patrimonial obtenido “durante el ejercicio de su cargo”, así como la de ser un incremento “relevante”, el régimen aplicable a los terceros a través de los cuales se pretende ocultar el enriquecimiento ilícito o la vigencia del carácter residual del tipo respecto de delitos que, precisamente, *no sean* de los descritos en el Título V.

embargo, que lamentablemente tales situaciones poco tienen que ver con supuestas lagunas de la legislación penal, sino que con cuestiones mucho más profundas, que hablan de una institucionalidad democrática frágil y de una moralidad pública precaria o inexistente.

Lo dramático del caso es que en semejante contexto tampoco es razonable esperar gran efectividad de un delito de enriquecimiento ilícito. Si se mira con detenimiento, se verá que la prácticamente nula aplicación que ha tenido el tipo penal durante décadas en algunos países de nuestro entorno sólo parece conmoverse luego de cambios políticos profundos, lo que ciertamente no genera la impresión de un sistema penal maduro que esté procesando con toda normalidad y naturalidad los casos de corrupción que se le presentan. Y pagando a cambio de tan poco el subido precio de lanzar por la borda principios básicos del Estado de Derecho.

La circunstancia de haber sido precisamente Canadá y los Estados Unidos, esto es, los países menos corruptos de las Américas conforme al Índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional¹¹¹, los que formularan reparos de principios a la consideración de un delito semejante en la Convención Interamericana, así como que los instrumentos sobre la materia de la Unión Europea y del Consejo de Europa no lo consideren impone una reflexión cuidadosa. Se podrá decir que, precisamente porque los estándares de probidad son comparativamente altos, en esos contextos no existe la necesidad de instrumentos más severos para reprimir la corrupción. Pero no puede dejar de verse en ello también un importante testimonio de respeto por principios fundamentales, respeto que no es en absoluto indiferente desde la perspectiva de un problema cuya superación supone un efectivo fortalecimiento del Estado de Derecho, de las instituciones democráticas y de la moralidad pública. Eso no se logra con discursos apasionados ni con una legislación que, o es meramente simbólica, o vulnera de un modo grosero garantías básicas, en ambos casos, además, distrayendo la atención y exonerando del abordaje de las verdaderas tareas de fondo.

Desde esa perspectiva, los desconcertantes resultados a que se ha arribado aquí en cuanto a los alcances del artículo 241 bis CP. son, a pesar de todo, preferibles a la efectiva existencia de un genuino delito de enriquecimiento ilícito. Sin embargo, no puede celebrarse, precisamente

¹¹¹ IPC 2005, entre 158 países de todo el mundo Canadá ocupa el lugar 14 (8,4 puntos) y Estados Unidos el lugar 17 (7,6 puntos). Les siguen Chile en el lugar 21 (7,3 puntos) y Uruguay en el lugar 32 (5,9 puntos). Si bien su ubicación global ha cambiado, el orden entre los cuatro países se ha mantenido al menos desde 2001. Fuente: <http://www.transparency.org> - policy_research - surveys_indices - CPP. i.

desde la perspectiva de la credibilidad en las instituciones públicas, la introducción de tipos penales inaplicables¹¹², que sugieren que se ha avanzado mucho, en circunstancias que las tareas pendientes en materia de probidad y transparencia, también en materia penal¹¹³, se acumulan. Por de pronto, todo indica la conveniencia de una pronta derogación o, al menos, de una mayor precisión del artículo 241 bis CP. Como ya se ha dicho, nuestros compromisos internacionales no son un obstáculo para ello, en la medida en que consideran expresamente la posibilidad de que, alguna vez, rindamos un real homenaje a los principios que tan solemnemente decimos profesar.

[Recibido el 10 y aceptado el 31 de octubre de 2006].

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano* (Lima, Palestra, 2001).
- Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno (Santiago, Imprenta de la República de Jacinto Núñez, 1873).
- Actas Oficiales de la Comisión Constituyente.
- ÁLVAREZ, Alejandro, *Justicia penal y espacio regional* (Buenos Aires, Ad Hoc, 2004).
- BAYTELMAN, Andrés, *Tiene derecho a guardar silencio... La jurisprudencia norteamericana sobre declaración policial* (Informe de Investigación N° 13, Universidad Diego Portales, 2002).
- BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales* (Pamplona, Aranzadi, 1997) [hay edición posterior de 2002].
- BRUZZONE, G. A. - GULLCO, H. P. (coordinadores), *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Art. 268 (2) C. P.* (Buenos Aires, Ad Hoc, 2005).
- BRUZZONE, Gustavo - GULLCO, Hernán, *Acerca de la controvertida adecuación constitucional del tipo penal del enriquecimiento ilícito de funcionario público*, en BRUZZONE - GULLCO (coordinadores), *Teoría y práctica* [véase].
- BUNSTER, Álvaro, *La malversación de caudales públicos* (Santiago, Universidad de Chile, 1948).
- BUSTOS, Juan - MEDINA, Rodrigo, *Aspectos de la reforma penal de la probidad*, en *La Ley N° 19.645 (1999), que modifica disposiciones del Código Penal que sancionan casos de corrupción*, en AA. VV., *La administración del Estado de Chile* (Santiago, ConoSur, 2000).

¹¹² Cabe criticar, además, la norma gratuitamente intimidatoria –en cuanto reiteración de reglas generales– del inciso final.

¹¹³ Considérese la defectuosa formulación del tráfico de influencias o, especialmente, la del uso de información privilegiada, entre muchas otras materias que requerirían revisión.

- CARO, Carlos, *El delito de enriquecimiento ilícito*, en SAN MARTÍN, César - CARO, Carlos - REANO, José, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales* (Lima, Jurista, 2002).
- CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal* (4ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2000).
- CHIESA, Ernesto, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos* (Bogotá, Forum, 1995).
- COLOMBO, Marcelo - IPOHORSKI LENKIEWICZ, José, *Evolución legislativa reciente y análisis de la figura penal en el Derecho comparado*, en BRUZZONE, G. - GULLCO, H. [véase].
- CONTE, Philippe - MAISTRE DU CHAMBON, Patrick, *Droit pénal general* (6ª edición, Paris, Armand Colin, 2002).
- CRESPI, Alberto - STELLA, Federico - ZUCCALA, Giuseppe, *Commentario breve al Codice penale* (Padova, Cedam, 1992).
- CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial* (5ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1996).
- DEL RÍO, Raimundo, *Derecho Penal* (Santiago, Nascimento, 1935).
- DELMAS-MARTY, Mireille (Hrsg.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union* (trad. alemana del original en francés de Yvonne Kleinke y Marc Tully, Köln y otras, Heymanns, 1998).
- DESSPORTES, Frédéric - LE GUNEHEC, Francis, *Droit pénal général* (10ª edición, París, Economica, 2003).
- Diario de sesiones de la Cámara de Diputados.*
- Diario de sesiones del Senado.*
- DOLCINI, Emilio - MARINUCCI, Giorgio, *Codice penale commentato. Parte speciale* (Milano, IPSOA, Assago, 1999).
- DRESSLER, Joshua, *Understanding Criminal Procedure* (3ª edición, Newark, San Francisco, Lexis-Nexis, 2002).
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997).
- FERNÁNDEZ, Pedro Javier, *Código Penal de la República de Chile explicado i concordado* (2ª edición, Santiago, 1900).
- FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias i comentarios del Código Penal chileno* (Lima, Imprenta Comercial, 1883).
- GARRIDO, Mario, *Derecho penal* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, *La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno*, en EL MISMO, *Estudios y defensas penales* (Santiago, Lexis-Nexis, 2005).
- HEINE, Günter, *Beweislastumkehr im Strafverfahren?*, en *Juristen Zeitung* (1995).
- HERNÁNDEZ, Héctor "Presentación", en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás - FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo - CONTRERAS ALFARO, Luis (coordinadores), *Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Derecho* (Santiago, Lexis-Nexis, 2005).
- HERNÁNDEZ, Héctor, *Aproximación a la problemática de la estafa*, en AA. VV., *Problemas actuales de Derecho penal* (Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003).
- HERNÁNDEZ, Héctor, *El delito de lavado de dinero*, en AA. VV., *Informes en Derecho, Ministerio Público* (Santiago, 2005).
- HERNÁNDEZ, Héctor, *La problemática de la "causalidad genera" en el Derecho penal chileno (con ocasión del artículo 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal)*, en *Política Criminal* 1 (2006).

- INCHAUSTI, Miguel, *Enriquecimiento ilícito de funcionarios* (Buenos Aires, Ad Hoc, 2001).
- Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, de 29 de julio de 2005.
- Informe de la Comisión Mixta*, de 21 de septiembre de 1999.
- Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública* (Santiago 1994), N° 30; también en *Pena y Estado* 1 (1995).
- LABATUT, Gustavo, *Derecho penal* (7ª edición, edición, a cargo de Julio Centeno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983).
- MAIER, Julio - BINDER, Alberto (compiladores), *El Derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995).
- MANFRONI, Carlos, *La convención interamericana contra la corrupción anotada y comentada* (2ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001).
- MEDINA, Gonzalo, *La primera declaración del imputado y el derecho a no declarar en perjuicio propio*, en COLOMA, Rodrigo (editor), *La prueba en el nuevo proceso penal oral* (Santiago, Lexis-Nexis, 2002).
- MERA, Jorge, *Derechos Humanos en el Derecho penal chileno* (Santiago, ConoSur, 1998).
- PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado* (reedición de la tercera edición de 1867, Madrid, Edisofer, 2000).
- POLITOFF, Sergio - MATUS, Jean Pierre - RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).
- Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, de 31 de julio de 1996.
- Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, de 2 de diciembre de 2003.
- Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, de 29 de julio de 2005.
- RIFFAULT, Jacqueline, *Le blanchiment de capitaux en droit comparé*, en *Revue de Sciences Criminelles* (1999).
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de - ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica* (Valparaíso, Edeval, 1980).
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis - OSSANDÓN, María Magdalena, *Delitos contra la función pública* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000).
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás - FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coordinadores), *La corrupción en un mundo globalizado, análisis interdisciplinar* (Salamanca, Ratio Legis, 2004).
- ROGALL, Klaus, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst* (Berlin, Duncker & Humblot, 1977).
- SAN MARTÍN, César - CARO, Carlos - REAÑO, José, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales* (Lima, Jurista, 2002).
- SAN MARTÍN, César, *El procedimiento penal por delitos contra la administración pública*, en SAN MARTÍN - CARO - REAÑO, *Delitos de tráfico de influencia* [véase].
- SANCINETTI, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (artículo 268, 2, CPP)* (Buenos Aires, Ad Hoc, 1994).

- Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados*, de 23 de noviembre de 1994.
- Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, de 1 de septiembre de 1998.
- Segundo Informe de la Comisión Especial sobre Drogas de la Cámara de Diputados*, de 18 de julio de 2001.
- SEUVIC, Jean-François, *Chronique législative*, en *Revue de Sciences Criminelles* (1996).
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino. Parte Especial* (3ª edición, 8ª reimpresión, Buenos Aires, TEA, 1978).
- SOLER, Sebastián, *El proyecto de Código Penal del Dr. Sebastián Soler y sus antecedentes, en Cuadernos de Ciencia Penal y Criminología* 6 (Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1964).
- SOSA, Omar - PORTOCARRERO, Elpidio, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (artículo 268 [2] CPP) en la jurisprudencia*, en BRUZZONE - GULLCO (coordinadores), *Teoría y práctica* [véase].
- STEFANI, Gaston - LEVASSEUR, Georges - BOULOC, Gaston, *Procédure pénale* (19ª edición, París, Dalloz, 2004).
- VERA, Robustiano, *Código Penal de la República de Chile comentado* (Santiago, Imprenta de PP. Cadot, 1883).
- VÉRON, Michel, *Droit pénal spécial* (10ª edición, París, Armand Colin, 2004).
- VOGEL, Joachim, *Los límites constitucionales a las presunciones del Derecho penal económico alemán*, en ARROYO ZAPATERO, Luis - TIEDEMANN, Klaus (editores), *Estudios de Derecho penal económico* (trad. Nieto Martín, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1994).
- ZAPATA, María Francisca, *La prueba ilícita* (Santiago, Lexis-Nexis, 2004).