

**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO  
ESCUELA DE POSGRADO**

**MAESTRIA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS  
PENALES**



**TESIS**

El delito de enriquecimiento ilícito, un tipo extremadamente genérico  
hacia una propuesta de *lege ferenda*

Presentada para obtener el grado académico de:  
Maestra en Derecho con mención en Ciencias Penales

Autora:

Yovany Dávila Zarate

<https://orcid.org/0009-0008-1126-653X>

Asesor:

Dr. Miguel Arcángel Arana Cortéz

<https://orcid.org/0000-000-1459-4167>

Lambayeque, Perú  
2026

El delito de enriquecimiento ilícito, un tipo extremadamente genérico  
hacia una propuesta de *lege ferenda*



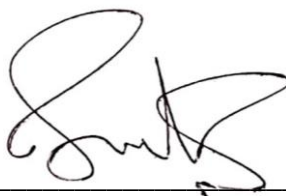
Yovany Davina Zarate  
Autora



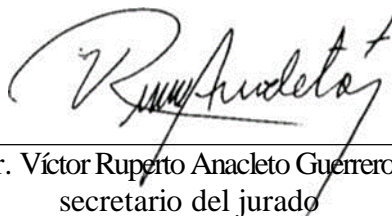
Dr. Miguel Arcángel Arana Cortéz  
Asesor

Tesis presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz  
Gallo para obtener el grado académico de: Maestra en Derecho con mención en  
Ciencias Penales

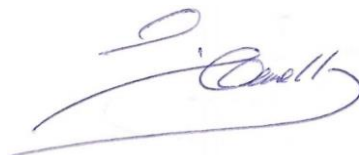
Aprobado por:



Dr. Freddy Widmar Hernández Rengifo  
presidente de jurado



Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero  
secretario del jurado



Mg. Carlos Manuel Antenor Cevallos de Barrenechea  
vocal de jurado

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

101

Siendo las 11:01 horas del día 28 de Mayo del año Dos Mil Veinte y seis

en la Sala de Sustentación de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, se reunieron los miembros del Jurado, designados mediante Resolución N° 698-2023-EPT de fecha 27 JUNIO 2023, conformado por:

- DR. FREDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO PRESIDENTE (A)
DR. VICTOR RUPERTO ANAÑETO BUENENAO SECRETARIO (A)
MAG. CARLOS MANUEL ANTONOR CEVALLOS DE BARRMECHEN VOCAL
DR. MIGUEL ANGELO AMANA TORTEZ ASESOR (A)

Con la finalidad de evaluar la tesis titulada EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO, UN TIPO EXTREMADAMENTE BENEFICO HACIA UNA PROPOSTA DE LEGISLACION

presentado por el (la) Tesista YOVANY DAVILA ZARATE sustentación que es autorizada mediante Resolución N° 237-2026-EPT-I de fecha 19 DE MAYO DE 2026

El Presidente del jurado autorizó del acto académico y después de la sustentación, los señores miembros del jurado formularon las observaciones y preguntas correspondientes, las mismas que fueron absueltas por el (la) sustentante, quien obtuvo 15 puntos que equivale al calificativo de REGULAR

En consecuencia el (la) sustentante queda apto (a) para obtener el Grado Académico de: MAESTRIA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

Siendo las 12M horas del mismo día, se da por concluido el acto académico, firmando la presente acta.

Signatures and names of the jury members: Presidente (Dr. Freddy Widmar Hernandez Rengifo), Secretario (Dr. Victor Ruperto Anañeto Buenenao), Vocal (Mag. Carlos Manuel Antonor Cevallos de Barrmechen), Asesor (Dr. Miguel Angel Amara Tortez).

\*NOTA: El nombre correcto del presidente es FREDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO

## CONSTANCIA DE VERIFICACIÓN DE ORIGINALIDAD

Yo, Dr. Miguel Arcángel Arana Cortéz, usuario revisor de tesis  Trabajo de suficiencia profesional  y/o Trabajo académico  titulado “El delito de enriquecimiento ilícito, un tipo extremadamente genérico hacia una propuesta de lege ferenda”, cuyo autor es la Abog. Yovany Dávila Zarate; con DNI N°19222634; declaro que la evaluación por el programa informático, ha arrojado un porcentaje de similitud 20 % verificables en el resumen del reporte automatizado de similitudes que se acompaña.

El suscrito analizó el reporte y concluyo que cada una de las coincidencias dentro del porcentaje de similitud no constituyen plagio y que el documento cumple con la integridad científica y con las normas para el uso de citas y referencias establecidas en los protocolos respectivos,

Se cumple con adjuntar el recibo digital a efectos de la trazabilidad respectiva del proceso.

Lambayeque, 08 de junio de 2023



---

Dr. Miguel Arcángel Arana Cortéz  
DNI N°19222634  
Asesor

Defina modalidad con (X)

Adjunta:

Resumen de Reporte automatizado de similitudes

Recibo digital

## EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, UN TIPO EXTREMADAMENTE GENÉRICO: HACIA UNA PROPUESTA DE LEGE FERENDA

### INFORME DE ORIGINALIDAD

<b>20%</b>	<b>19%</b>	<b>9%</b>	<b>9%</b>
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

### FUENTES PRIMARIAS

<b>1</b>	<b>hdl.handle.net</b> Fuente de Internet	<b>2%</b>
<b>2</b>	<b>repositorio.ucv.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>3</b>	<b>doku.pub</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>4</b>	<b>idoc.pub</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>5</b>	<b>repositorio.uladech.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>6</b>	<b>qdoc.tips</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>7</b>	<b>Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru</b> Trabajo del estudiante	<b>&lt;1%</b>
<b>8</b>	<b>lpderecho.pe</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1%</b>

**MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ**  
DNI: 19222634  
ASESOR



## Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Yovany Dávila Zarate  
Título del ejercicio: 2022  
Título de la entrega: EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, UN TIPO EXTREM...  
Nombre del archivo: Tesis\_-\_Yovany\_D\_vila\_2.docx  
Tamaño del archivo: 205.61K  
Total páginas: 85  
Total de palabras: 17,779  
Total de caracteres: 94,903  
Fecha de entrega: 08-jun.-2023 08:08p. m. (UTC-0500)  
Identificador de la entre... 2112111877



Derechos de autor 2023 Turnitin. Todos los derechos reservados.

Dr. Miguel Arcángel Arana Cortéz  
DNI N°19222634  
Asesor

**DEDICATORIA**

A Dios, a mi madre y hermanos, por ser la razón principal de mi superación.

*Jovany*

## **AGRADECIMIENTO**

En primer lugar, a Dios por haberme dado la sabiduría necesaria y el conocimiento; guiándome de esta manera por el camino de la felicidad y el éxito hasta ahora; en segundo lugar, a mi madre, a mis hermanos; por siempre haberme dado su fuerza y apoyo incondicional, lo cual me ha permitido llegar hasta donde estoy ahora y en especial al Dr. Miguel Arcángel Arana Cortez por guiarme en el desarrollo de mi tesis.

*Yovany*

## ÍNDICE

Dedicatoria.....	vii
Agradecimiento.....	viii
Índice.....	ix
Resumen.....	x
Abstract.....	xii
Introducción.....	1
<b>CAPITULO I.....</b>	<b>4</b>
1. ASPECTOS METODOLOGICOS	
1.1. Formulación del problema.....	4
1.2. Objetivos de la investigación.....	4
1.3. Hipótesis.....	4
1.4. Métodos de investigación.....	5
<b>CAPITULO II.....</b>	<b>8</b>
2. LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL DERECHO PENAL.....	8
2.1. El principio de legalidad.....	8
2.2. El principio de presunción de inocencia.....	20
<b>CAPITULO III.....</b>	<b>29</b>
3. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL PERÚ.....	29
3.1. Análisis dogmático de delito de enriquecimiento ilícito.....	29
3.1.1. EL bien jurídico.....	30
3.1.2 Sujeto.....	32
3.1.3. Conducta típica.....	33
3.1.4. Consumación.....	34
3.1.5. Subsidiaridad del delito de enriquecimiento ilícito.....	36
<b>CAPITULO IV.....</b>	<b>38</b>
4. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y SU VULNERACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA....	38
<b>CAPITULO V.....</b>	<b>58</b>
5. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS, PROPUESTA Y CONCLUSIONES	
5.1. Contrastación de hipótesis.....	58
5.2. Conclusiones.....	63
REFERENCIAS.....	66

## Resumen

El objetivo de la investigación es determinar en qué medida el delito de enriquecimiento ilícito (Artículo 401 del Código Penal peruano) podría vulnerar los principios constitucionales de legalidad y presunción de inocencia en el Perú. Siendo los puntos clave: Vulneración al Principio de Legalidad (Lex Certa y Lex Stricta). El tipo penal es calificado como ambiguo, indeterminado y genérico. Elementos normativos como "abusando de su cargo" e "incrementa ilícitamente su patrimonio" no especifican formas ni conductas concretas, lo que abre la puerta a interpretaciones extensivas y arbitrarias por parte de los operadores de justicia; Vulneración a la Presunción de Inocencia e Inversión de la Carga de la Prueba, Constitucionalmente, el Ministerio Público tiene el deber exclusivo de probar la culpabilidad. Sin embargo, la jurisprudencia y la práctica del delito de enriquecimiento ilícito generan una inversión de la carga de la prueba, obligando al investigado a demostrar documentalmente el origen lícito de sus activos bajo una premisa implícita de presunción de culpabilidad; Desconocimiento de la Naturaleza Subsidiaria del Delito, El enriquecimiento ilícito es un delito subsidiario (creado originalmente para evitar vacíos de punibilidad cuando no se puede probar otro delito funcional). En la práctica peruana, la fiscalía suele imputarlo erróneamente de forma conjunta con otros delitos (como cohecho o colusión), utilizándolo como un "salvavidas" o "cajón de sastre" ante las dificultades para probar los delitos principales; Choque con la Realidad e Informalidad Peruana. La tesis destaca que el Perú posee altos índices de informalidad laboral, tributaria y mercantil (especialmente en zonas rurales y agrarias), donde los patrimonios y herencias se transmiten de facto y de forma oral, sin registros documentales. Exigir que un funcionario justifique formalmente bienes legítimos de origen informal

desnaturaliza el Derecho Penal, utilizándolo erróneamente como un mecanismo de formalización en lugar de control de conductas delictivas. Investigación básica, cualitativa y propositiva, la técnica utilizada fue el análisis documental y el instrumento fueron fichas bibliográfica, de resumen, mixtas y formatos. En conclusión, el ordenamiento jurídico peruano ya cuenta con suficientes tipos penales específicos para sancionar la corrupción pública (colusión, cohecho, peculado, etc.). Mantener este artículo vigente legitima la inactividad fiscal y legaliza la vulneración de derechos fundamentales. Por lo que se propone la derogación del artículo 401 del Código Penal.

Palabras clave: Delito, enriquecimiento ilícito y principios constitucionales.

## Abstract

The objective of this research is to determine the extent to which the crime of illicit enrichment (Article 401 of the Peruvian Penal Code) could violate the constitutional principles of legality and presumption of innocence in Peru. The key points are: Violation of the Principle of Legality (*Lex Certa* and *Lex Stricta*). The criminal offense is described as ambiguous, indeterminate and generic. Normative elements such as “abusing their position” do not specify concrete forms or conduct, which opens the door to broad and arbitrary interpretations by Presumption of innocence and Reversal of the Burden of proof. Constitutionally, the Public Prosecutor’s Office has the exclusive duty to prove guilt. However, the jurisprudence and practice surrounding the crime of illicit enrichment create a reversal of the burden of proof, obligating the accused to provide documentary evidence of the lawful origin of their assets under an implicit presumption of guilt. Ignorance of the Subsidiary nature of the Crime: Illicit enrichment is a subsidiary crime (originally created to avoid gaps in punish ability when another functional crime cannot be proven). In Peruvian practice, the prosecution often erroneously charge it jointly with other crimes (such as bribery or collusion), using it as “lifeline” or “catch-all” when faced with difficulties in proving the primary crimes. Clash with Peruvian Reality and Informality: The thesis highlights that Peru has high rates of informality in labor, taxation and commerce (especially in rural and agricultural areas), where assets and inheritances are transferred *de facto* and orally, without documentary records. Requiring public officials to formally justify legitimates assets of informal origin distors the nature of criminal law, misusing it is a mechanism for formalization rather than for controlling criminal conduct. The basic, qualitative and documentary analysis as its technique, using bibliographic, summary and mixed-method index cards and forms. In conclusion, the Peruvian Legal system already contains sufficient specific criminal offenses to punish public corruption

(collusion, bribery, embezzlement, etc). Maintaining this articles in force legitimizes fiscal inaction and legalizes the violation of fundamental rights, resulting in a situation where “the cure is worse than the disease”. Therefore, the repeal of Article 401 the Penal Code is proposed.

Keywords: Crime, illicit enrichment and constitutional principles.

## INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal moderno busca sancionar conductas que atentan contra los bienes jurídicos sin sociedad, sin los cuales sería imposible una vida armoniosa en libertad entre los ciudadanos. Para tal finalidad, el legislador, a través de su facultad legislativa, tipifica conductas y les asigna una sanción penal; sin embargo, esta actividad no está exenta de límites, de lo contrario el poder absoluto pondría en riesgo las propias libertades que desea proteger.

Los límites al *ius puniendi* estatal son considerados también “principios”, los mismos que cumplen una función de defensa y garantía al ciudadano. Entre los principales se encuentran el principio de legalidad y el de presunción de inocencia; ambos como escudos del ciudadano frente a la actividad punitiva estatal.

El primero de ellos, esto es, el principio de legalidad, *grosso modo*, establece tres prohibiciones que se condensan en: i) *lex praevia* (nadie puede ser sancionado por una ley que no existía al momento de la realización del hecho; ii) *lex certa* (que la ley debe especificar las conductas, no planteándolas ambiguas ni indeterminadas); iii) *lex scripta* (la ley que prohíbe las conductas debe constar por escrito); y iv) *lex stricta* (no es posible la interpretación analógica de la ley penal). Estas cuestiones deben informar tanto al legislador como al juzgador, y deben ser guía para entender absolutamente todos los tipos penales.

Por otro lado, el principio de presunción de inocencia es una garantía para el ciudadano en dos sentidos, principalmente, el primero refiere a que este debe considerarse y tratarse como inocente hasta que exista una sentencia condenatoria firme que declare expresamente su culpabilidad; mientras que el segundo sentido lleva la presunción de inocencia hacia la carga de la prueba, esto es, que el imputado no tiene el deber de

probar su inocencia, sino que es el Estado, a través del Ministerio Público, el obligado a investigar y, en su caso, probar la culpabilidad del imputado.

Bajo lo precisado, el Derecho Penal debe perseguir todas las conductas respetando los principios antes señalados; sin embargo, ¿qué sucede si la propia redacción del tipo penal abre la posibilidad de la vulneración de los principios de legalidad y presunción de inocencia? Pues este caso se presente con el delito de enriquecimiento ilícito.

El delito de enriquecimiento ilícito se encuentra tipificado en el artículo 401 del Código Penal y a la letra precisa lo siguiente:

#### **Artículo 401. Enriquecimiento ilícito**

El funcionario o servidor público que, **abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos** será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. (...). (El resaltado es nuestro)

Lo amplio de este tipo penal y su ambigüedad respecto a la conducta cierta que se sanciona, vulnera el subprincipio de *lex stricta*, perteneciente al principio de legalidad en el Derecho Penal; asimismo, en las investigaciones realizadas por el Ministerio Público respecto al delito de enriquecimiento ilícito se presume *a priori* que el funcionario público ha cometido otros delitos y, por ende, se abren investigaciones por este delito y por otros contra la Administración Pública, ya asumiendo la culpabilidad por otros delitos, vulnerando el principio de presunción de inocencia; y si ello fuera poco, es el propio investigado por el delito de enriquecimiento ilícito quien debe

demostrar la procedencia lícita de sus activos, invirtiéndose la carga de la prueba, volviendo a ir en contra de la presunción de inocencia.

Además, en un país como el Perú, donde la informalidad aún es parte de nuestro día a día, donde existe gente campesina y de diversos lugares que realiza operaciones comerciales en las que no se emite una boleta de pago, una factura o algún comprobante que pueda acreditar de dónde provienen los ingresos, ¿puede considerarse viable que el propio investigado presente documentos para acreditar el origen de sus bienes? ¿No sería mejor que el Ministerio Público investigue el contexto general, tanto social como familiar, para evidenciar la procedencia de la riqueza?

Bajo ese contexto es que la presente investigación plantea en primer lugar, una breve exposición del marco metodológico sobre el cual partimos, para posteriormente pasar a explicar los principios de legalidad y presunción de inocencia con la finalidad de comprender sus alcances y su modo de aplicarse en el Derecho Penal peruano; luego de todo ello, en un segundo momento, se explicará el delito de enriquecimiento ilícito, su análisis típico y la problemática que gira en torno al mismo en la práctica judicial; en tercer lugar se explicará cómo están siendo vulnerados los principios de legalidad y presunción de inocencia con la actual redacción del artículo 401 del Código Penal y, finalmente, se realizarán una propuesta derogatoria para evitar las vulneraciones ya señaladas.

## CAPÍTULO I

### ASPECTOS METODOLÓGICOS

#### I. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

##### 1.1. Problema general

¿En qué medida el delito de enriquecimiento ilícito podría vulnerar los principios de legalidad y presunción de inocencia en el Perú?

##### 1.2. Problemas específicos

- ¿Cómo deben entenderse los principios de legalidad y de presunción de inocencia en Perú?
- ¿Cómo se interpreta dogmáticamente el delito de enriquecimiento ilícito en el Perú?

#### II. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

##### 2.1. Objetivo general

Determinar en qué medida el delito de enriquecimiento ilícito podría vulnerar los principios de legalidad y presunción de inocencia en el Perú.

##### 2.2. Objetivos específicos

- Conocer cómo deben entenderse los principios de legalidad y presunción de inocencia en Perú.
- Identificar cómo se interpreta dogmáticamente el delito de enriquecimiento ilícito en Perú.

#### III. HIPÓTESIS

##### 3.1. Hipótesis general

El delito de enriquecimiento ilícito en el Perú vulnera en principio de legalidad en la medida que la determinación en su redacción va en contra de las garantías de *lex certa* y *lex stricta*; asimismo, vulnera el principio de presunción de

inocencia debido a que se le exige al imputado que demuestre la licitud de sus bienes, invirtiendo la carga de la prueba y partiendo de la premisa de presunción de culpabilidad.

### **3.2. Hipótesis específicas**

- El principio de legalidad tiene respaldo constitucional y de este se derivan los mandatos de *lex scripta, praevia, certa y stricta*. Respecto al principio de presunción de inocencia, también tiene respaldo constitucional e implica tratar al individuo como inocente mientras no se demuestre su culpabilidad mediante una sentencia firme.
- El delito de enriquecimiento ilícito es un delito especial, en el que el sujeto activo es el funcionario público y el sujeto pasivo es el Estado. Asimismo, tiene una naturaleza subsidiaria que debe tenerse en cuenta para su configuración.

## **IV. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN**

### **4.1. Tipo de investigación**

El tipo de investigación es cualitativa, debido a que pretende abordar el objeto de estudio a partir de la observación del comportamiento de los operadores jurídicos respecto al problema referido al delito de enriquecimiento ilícito, extrayendo conclusiones a partir de inferencias lógicas y datos no numéricos. En ese sentido, según el tipo de intervención, esta investigación es, a su vez, descriptiva, debido a que quiere observar las acciones desplegadas por los operadores jurídicos respecto al tratamiento del delito de enriquecimiento ilícito y cómo abordan estas cuestiones para obtener conclusiones interesantes sobre la posible vulneración de principios constitucionales.

Finalmente, esta investigación es de tipo básica, analizando a partir de la recopilación de bibliografía y jurisprudencia en problema planteado para formar su marco teórico y enfocarse en él. Téngase en cuenta que la investigación básica es de suma utilidad, porque de ella parten los demás tipos de investigación, ya que las teorías surgidas de la investigación básica o las propuestas jurídicas que a partir de esta surgen, en el caso de las investigaciones en Derecho como esta, son posteriormente testadas por otro tipo de investigaciones y así se desarrolla la dialéctica necesaria para el enriquecimiento del Derecho.

Así, con otras palabras, Terradillos Basoco (2014), respecto a la utilidad de la investigación básica, señala que esta investigación, con énfasis en lo penal, lo que pretende es responder de modo sistemático a los problemas jurídicos, a fin de que esto luego sea trasladado a la práctica (p. 9)

Con lo dicho, se concluye que esta investigación es básica, cualitativa y descriptiva, siendo sumamente importante para contribuir con el crecimiento de los conocimientos teóricos y dogmáticos sobre el delito de enriquecimiento ilícito y los principios de legalidad y proporcionalidad en el Derecho Penal peruano.

## **V. Método utilizado**

Esta investigación se basa en el método deductivo, ya que parte de lo general a lo específico en el análisis de los principios de legalidad y proporcionalidad para abordar lo específico en su tratamiento en el Derecho Penal peruano.

A su vez, utiliza un método propio del Derecho, esto es, el método dogmático, que tiene como base el análisis lógico, racional y pormenorizado de las figuras jurídicas para desentrañar sus elementos y naturaleza, en este caso en lo referido al delito de enriquecimiento ilícito.

## **VI. Herramientas de investigación**

Para realizar esta investigación nos hemos apoyada en las fichas bibliográficas para recopilar, organizar y utilizar la información revisada a lo largo de la ejecución del trabajo de tesis. Se han utilizado fichas bibliográficas literales, de resumen y mixtas.

## CAPÍTULO II

### LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL DERECHO PENAL

#### II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

##### 2.1. Aspectos generales

El principio de legalidad es uno de los más importantes en un país democrático como el nuestro, tal es así que tiene su reconocimiento en la Constitución Política del Perú en el artículo 2.24.d), que a la letra expresa lo siguiente:

#### **Artículo 2. Derechos fundamentales de la persona**

Toda persona tiene derecho:

(...)

A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(...)

d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

Esta máxima sirve como garantía al ciudadano y un límite a la fuerza estatal, a fin de que el Estado no pueda disponer como le plazca de los ciudadanos. Este principio es fundamental en la comprensión de un Estado social y democrático de Derecho, debido a que antes de ello los gobernantes, sobre todo monarcas, podían considerar cualquier

cuestión como delito e imponer sanciones que se les ocurrían en cualquier momento, sin estar necesariamente establecido ni siquiera de manera consuetudinaria; es por dicha razón que este principio se tornó en imprescindible para poder evolucionar en la forma de gobierno y organización de las distintas sociedades que daban un paso hacia la incorporación de los criterios de la Ilustración en sus ordenamientos y sus formas de administrarse.

En ese sentido, podemos decir que el principio de legalidad es tan natural y va de la mano con el propio Estado social y democrático de Derecho que el propio Mir Puig (2003) establece que el este es un límite derivado del Estado de Derecho y que sin duda es una de las conquistas de la Revolución Francesa que hasta el día de hoy se mantienen en nuestros ordenamientos (p. 125).

Asimismo, a pesar de que en la Ilustración<sup>1</sup> se manifestó de manera evidente este principio, Mir Puig (2003) señala que los antecedentes de este se remontan incluso a la *Magna Charta Libertatum* inglesa<sup>2</sup> y a la *Constitutio Criminalis Carolingia* germánica, a pesar de que estas dos fuentes no tienen un criterio sumamente moderno del principio de legalidad tal cual se conoce ahora (p. 126). Pero tal es la trascendencia de este, y por ende la importancia de respetarlo, que deriva de la teoría del contrato social (Rosseau, 2017) y de la teoría de la división de poderes (Montesquieu, 2021)<sup>3</sup>, que son planteamientos que revolucionaron la concepción del Estado y la sociedad de

---

<sup>1</sup> Un estudio importante sobre los planteamientos filosóficos de la Ilustración puede verse en: Foucault (2006). Así también, respecto a un análisis sobre la Ilustración, pero ya no solamente a nivel filosófico, sino también respecto a cómo esta influyó de manera determinante en el Derecho Penal y cómo se comprendían sus postulados, puede verse: Alvarado Planas (2017).

<sup>2</sup> Precisamente de este antecedente es que en la actualidad se denomina “Carta Magna” a las constituciones políticas de los diferentes países.

<sup>3</sup> También puede verse sobre la influencia de Montesquieu en la separación de poderes y el principio de legalidad, además del fundamento de este y los planteamientos que forjaron su posicionamiento, en: Ippolito (2018) y Jellinek (2017).

manera extremadamente significativa y que sin ellos no sería comprensible la sociedad tal como la concebimos hoy en día.

Debido a tal cuestión es que, siguiendo lo explicado por Mir Puig (2003), el principio de legalidad pasó a ser parte de los ordenamientos jurídicos que adoptaban los ideales ilustrados como parte de sus modelos de gobierno y ordenamientos jurídicos bajo el aforismo latino *nullum crime, nulla poena sine lege* (Feuerbach, 2022). Así, también siguiendo lo dispuesto y precisado por Feuerbach, Montoya Vivanco (2020) señala que:

Recogiendo la propuesta de Feuerbach sobre los alcances del principio de legalidad, podemos sostener que este principio consiste en una norma fundamental que prescribe tanto al legislador penal como al operador judicial la exigencia de que las conductas prohibidas penalmente y las penas conminadas respectivas se encuentren en una norma con rango de ley (reserva de ley), previamente establecida antes de la comisión del hecho (*lex praevia* o irretroactividad de la ley penal), claramente determinada (taxatividad o *lex certa*) y estrictamente interpretada, sin analogías ni interpretaciones arbitrarias (*lex stricta* o tipicidad). Dicho esto, corresponde tratar estas exigencias o garantías del principio de legalidad.

Esta cuestión se repite hasta el día de hoy, ya que las diversas constituciones políticas han adoptado este principio; por ejemplo, la Constitución Política Española en su artículo 25 señala taxativamente lo siguiente:

**Artículo 25**

Nadie puede ser condenado ni sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

En ese mismo orden de ideas, la Constitución Política de Colombia, en su artículo 29 precisa:

**Artículo 29**

(...)

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

(...).

Siguiendo los principios ilustrados, por ejemplo, también la Constitución Política paraguaya, en el artículo 17, inciso 3, recoge en términos muy similares a las anteriores constituciones el principio de legalidad:

**Artículo 17. De los derechos procesales**

En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:

(...)

3. que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales. (...).

Así como las anteriores disposiciones constitucionales señaladas, podrían citarse a las constituciones políticas de Ecuador, Chile, Bolivia, Argentina, México, entre otros países que gozan de un Estado de Derecho; ello solo revela y manifiesta la relevancia del principio de legalidad para cada uno de los Estados y la necesidad de elevarlo a nivel constitucional para garantizar su pleno respeto y cumplimiento por parte de los órganos estatales, en especial, como se ha visto, del Poder Judicial, quien será el encargado de juzgar conductas delictivas en el caso del ámbito penal, por lo que su sujeción a lo establecido en las diversas normas penales debe ser inamovible en pro de respetar el principio ya antes señalado.

Esta cuestión no es exclusiva de las constituciones, ya que en los códigos penales de los diversos Estados también se ha contemplado el principio de legalidad; por ejemplo, el artículo II del Título Preliminar de nuestro Código Penal, en su literalidad señala lo siguiente:

### **Artículo II**

Nadie será sancionado por acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ellas.

Así también, el Código Penal español contempla al principio de legalidad en su primer artículo, expresando lo siguiente:

### **Artículo 1**

1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración. (...).

Por su parte, el Código Penal de Colombia precisa que:

### **Artículo 6. Legalidad**

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

Además del principio de legalidad propiamente dicho, el Código Penal de Colombia tiene la particularidad que ya recoge uno de los subprincipios de la legalidad, esto es, que la ley tiene que ser estricta, haciendo referencia a la tipicidad de las leyes penales, es así que señala:

### **Artículo 10. Tipicidad**

La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales de tipo penal.

Por último, para no dejar de mencionar a un país del que hemos citado su Constitución Política, el Código Penal del Estado paraguayo establece en su Libro Primero, Título I, Capítulo I lo siguiente:

### **Artículo 1. Principio de legalidad**

Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción.

De lo expresado, ¿qué duda cabe de que el principio precisado es muy importante en los ordenamientos jurídicos y de especial relevancia en el ámbito penal? ¿Acaso no es imperativo para el Estado su respeto? ¿Queda algún cuestionamiento sobre su necesidad en un Estado Constitucional de Derecho?

Pues si la importancia ya es más que evidente, entonces el siguiente paso que hemos de realizar para profundizar en su estudio es comprender cómo es que este se efectiviza y cuáles son los mandatos que se desprenden del mismo, con la intención de poner en contexto cómo es que, posteriormente, este se enlazará con las investigaciones realizadas en torno al delito de enriquecimiento ilícito y su posible vulneración por parte del legislador y los operadores de justicia que día a día tiene a su cargo este tipo de procesos en contra de los funcionarios públicos de nuestro país.

### **1. El principio de legalidad y sus mandatos**

Como se señaló anteriormente, Feuerbach es a quien se le atribuye la frase *nullum crime, nulla poena sine lege*, en pro de salvaguardar al ciudadano del Estado. Es así que, en la doctrina nacional, por ejemplo, Villavicencio Terreros (2013) ha precisado que este principio es:

(...) garantista; ya que, con él, el Estado de Derecho especifica el contenido y fundamento de las intervenciones que ha de

realizar sobre los ciudadanos con el mayor rigor posible, y que estos tengan la posibilidad real y efectiva de conocerlo. (...) este principio cumple una doble función garantista: el Estado debe señalar el hecho punible y la pena. (p. 135)

Así también, en la doctrina internacional Islas Montes (2009) precisa que este principio “es un principio fundamental” (p. 98), por lo que debe ser considerado en todo momento; además, el mismo autor precisa que:

Generalmente es reconocido en los ordenamientos supremos de los diferentes Estados; ello se debe a la relación de supra/subordinación entre los representantes del Estado y los gobernados en virtud de los cuales los primeros afectan la esfera jurídica de los segundos; esto es, el Estado al desplegar su actividad afecta los bienes y derechos del subordinado cuando se impone en el ejercicio del poder. (p. 98)

En ese sentido, no queda duda de la vigencia de este principio en un Derecho Penal nacido en una sociedad democrática y libertad; por ende, importante y crucial es comprender cómo este se desarrolla.

Así, Audre (2011) señala que Beling precisa que para que una ley respete el principio de legalidad debe ser:

- a) Escrita, para que no existan ni queden dudas acerca de su contenido;
- b) Estricta, significando ello que debe realizar la descripción particular y concreta de la conducta que es considerada como

delito, siendo precisamente este el filtro idóneo para lograr evitar la analogía; y,

c) Previa, es decir, debiendo ser anterior al hecho delictivo. (p. 44)

Lo precisado tiene relación con los mandatos de *lex scripta*, *lex stricta* y *lex praevia*, debiendo sumársele el mandato de *lex certa*. En esa línea de pensamiento también se manifiesta Fernández Cruz (1998) del siguiente modo:

(...) la fundamentación política democrática representativa del principio de legalidad hace necesario la separación de ambas exigencias. En conclusión, partimos de una distinción cuatripartita de las exigencias derivadas del principio de legalidad, que con carácter general son enunciadas y definidas como:

a) *Lex scripta*: como el mandato de escritura y reserva de ley en materia penal.

b) *Lex praevia*: como el mandato de irretroactividad de las leyes penales.

c) *Lex certa*: como el mandato de determinación o taxatividad, a la vez, como fundamento en la limitación impuesta a las normas penales a acudir a normas extrapenales.

d) *Lex stricta*: como la prohibición de analogía por parte de los jueces y tribunales y, en general, la exigencia en el

cumplimiento escrupuloso del principio de legalidad a la hora de aplicar la ley penal.

Estos mandatos han sido reconocidos por el Tribunal Constitucional peruano en el Expediente N° 2758-2004-HC/TC, en donde señala que:

(...) el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la Ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otros derechos que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*). (El resaltado es nuestro)

Estos mandatos del principio de legalidad juegan un rol muy importante que ha sido reconocido también por la Corte Suprema de Justicia de la República, específicamente por la Sala Penal Permanente en la Casación N° 456-2012-Del Santa, que en su fundamento 2.3 desarrolla lo que denomina “garantías del principio de legalidad”.

Analizando uno a uno cada mandato, podemos decir, en primer lugar, que la *lex praevia* nos indica que nadie puede ser sancionado por una ley que a la fecha que cometió un acto este no estaba contemplado en la ley penal; siendo así, podemos darnos cuenta de que esta garantía tiene un amplio desarrollo gracias al conocido del principio de prohibición de aplicación retroactiva maligna. La única excepción a la *lex*

*praevia* se presentará cuando la ley nueva sea más favorable para la persona que la ley vigente al momento que realizó un acto delictivo (Lascurain Sánchez, 2000)<sup>4</sup>.

Por ejemplo, si un individuo el 10 de diciembre de 2020 vendió un objeto muy valioso que pertenecía a la cultura Mochica, que encontró en su casa; tiempo después, el 10 de enero de 2021, se publica una norma que sanciona con pena privativa de libertad entre tres y cinco años a la persona que venda objetos de culturas preincaicas. Sin embargo, a pesar de que el hecho que había realizado el sujeto actualmente sería sancionado, el día en el que él realizó el hecho no era delito, debido a que no existía una ley, por ende, con base en la *lex praevia*, no puede realizársele ninguna investigación.

Ahora bien, en lo que se refiere a la garantía de *lex scripta*, la sentencia precitada señala que “esta garantía erige a la ley como única fuente de creación del delito y excluye a la costumbre como fuente para calificar una conducta como delito”. En ese sentido, es la ley escrita, dictada y publicada con todos los requisitos necesarios para su validez, la única que puede servir para instaurar un tipo penal.

Así, también encontramos a la *lex stricta*<sup>5</sup>, implica que la ley debe interpretarse de tal manera que no pueda aplicarse un tipo penal de manera analógica, para ello es importante, a su vez, que el legislador redacte la norma en dicho sentido. Asimismo, consideramos que, con base en esta garantía, cualquier redacción del tipo penal debe atender al principio de *ultima ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad.

Y es que si de una sola redacción del tipo penal pueden entenderse tres cuestiones distintas, el operador de justicia deberá considerar necesariamente aquella que sea más

---

<sup>4</sup> Sobre la retroactividad, en la doctrina nacional puede verse: Ricra Mayo (2021); y en España véase a: Suárez Collía (2006).

<sup>5</sup> Una posición interesante acerca de la *lex stricta* y su vigencia y eficacia puede verse en: Olmedo Cardenete (2008).

restringida, es decir, una interpretación lo más estricta posible, favoreciendo la libertad de las personas y no su sanción penal.

Por último, respecto a **la garantía de *lex certa*** se puede precisar, según también la sentencia anteriormente citada, que es una obligación dirigida al legislador, quien debe encargarse de formular las leyes penales de manera clara y precisa, sin ambigüedades, a fin de evitar la actuación arbitraria por parte del juez. Así, de manera literal precisa que:

(...) los tipos penales han de redactarse con la mayor exactitud posible, evitando los conceptos clásicos, recoger las inequívocas consecuencias jurídicas y prever solo marcos penales de alcances limitados. (...) [debe existir] claridad en el texto que se evite cualquier decisión subjetiva y arbitraria del juez.

Ante lo dicho se puede plantear un claro ejemplo en el que un tipo penal no respete este mandato o garantía; verbigracia, imaginemos que se pretende sancionar el delito de bigamia –como se hizo años atrás–, y el tipo penal establece “el que contrae matrimonio dos veces será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años”.

De dicho ejemplo podemos evidenciar que se está vulnerando el mandato de *lex certa* debido a que de la propia redacción del tipo penal surgen diversas dudas como las siguientes:

- De la redacción no se deje claro si el matrimonio puede solamente civil, o si también se sanciona a quien se casa dos veces por matrimonio religioso.

- Una interpretación que deja el tipo penal puede llevar al extremo de considerarse que, si “A” se casa con “B” por matrimonio civil y, posteriormente, también “A” y “B” contraen matrimonio religioso, estos habrían contraído matrimonio dos veces (una vez civil y otra vez religioso), por lo que habrían cometido un delito, lo cual es absurdo.
- Además, la redacción es tan ambigua que puede llevarnos a interpretar que no estaría permitido a un viudo contraer matrimonio nuevamente, ya que estaría casándose dos veces.

Podemos ver, entonces, que una redacción de ese tipo atenta contra el mandato de *lex certa* y crea diversos problemas interpretativos para los operadores jurídicos e inseguridad jurídica para los ciudadanos. Allí precisamente radica la importancia de esta garantía del principio de legalidad.

Luego de lo dicho y desarrollado del principio de legalidad podemos reafirmar su importancia y comprender el modo en que este debe ser entendido, como garantía para el ciudadano y la defensa de sus derechos frente al *ius puniendi* del Estado y todo el aparato que lo integra, llámese legisladores, policías, fiscales y jueces.

## **I. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

### **1. La presunción de inocencia a nivel constitucional**

La presunción de inocencia es, según la Constitución Política del Perú, un derecho fundamental que debe investir a todo ciudadano siempre que no se haya demostrado lo contrario a través de una sentencia emitida por una autoridad competente; en ese propio sentido se expresa la Carta Magna al señalar, en su artículo 2, inciso 24, literal e) que: “[t]oda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

La presunción de inocencia, así como sucede con el principio de legalidad, tiene tal trascendencia que se encuentra recogida en distintos textos constitucionales de todos los países con modelos democráticos de organización; así, por ejemplo, la Constitución Política de España precisa que:

#### **Artículo 24**

(...)

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la **presunción de inocencia**. (El resaltado es nuestro)

Por su parte, la Constitución Política de la República de Colombia también consagra a la presunción de inocencia, con la acotación de que su norma constitucional la enmarca, correctamente, dentro del debido proceso y junto al derecho a la defensa; esta cuestión no es baladí, ya que ello resalta la importancia de esta garantía:

**Artículo 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas

(...)

**Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.** Quien sea sindicado tiene

derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por el, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso publico sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (El resaltado es nuestro)

Como último ejemplo podemos citar a la Constitución Política paraguaya, que entre la amplia gama de derechos procesales contempla a la presunción de inocencia en el siguiente sentido:

**Artículo 17.** De los derechos procesales

En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:

1. Que sea presumida inocente (...).

Pues bien, luego de contemplar que la presunción de inocencia es un derecho/garantía recogida por las normas constitucionales de países importantes y con cortes democráticos similares a los de Perú, no queda duda de su importancia e imperativo respeto a lo largo del proceso penal; así, Roxin (2000, p. 78) señala que es una “manifestación específica del principio del Estado de Derecho”, es decir, no es posible considerar a un Estado como de Derecho si en este no se respeta la presunción de inocencia ni sus manifestaciones dentro del Derecho sustantivo y del Derecho Procesal Penal.

Además, la presunción de inocencia, precisamente por ser sumamente relevante en un Estado de Derecho, tiene como fundamento a su vez a la dignidad humana; en palabras de Yon Ruesta & Sánchez Málaga (2005):

Pero, ¿cuál es el fundamento de la presunción de inocencia? Es decir, ¿por qué se prefiere sobre una presunción de culpabilidad? Es claro que la respuesta a estas interrogantes debe partir de la íntima relación entre la presunción de inocencia y la dignidad humana. El mirar a una persona como inocente es una forma de creer y respetarla como ser humano que es. Además, el Estado de Derecho exige que la limitación de la libertad de la persona sea con un mínimo margen de error. Por ello, ante la incertidumbre el trato como inocente es preferible.  
(p. 145)

Luego de lo dicho, es menester analizar cómo se entiende la presunción de inocencia durante el proceso penal y sus implicancias para la investigación de cualquier hecho delictivo, así como su sanción; dado que a partir de dicha comprensión estaremos en mejores condiciones para evidenciar su relación con el tema de investigación<sup>6</sup>.

## **2. La presunción de inocencia y sus implicancias en el proceso penal**

La presunción de inocencia puede considerarse de distintas formas, tanto como derecho, principio o garantía; sin embargo, sea cual fuese la naturaleza o sentido que le pretendemos dar, su importancia sigue siendo la misma y su trascendencia en el proceso penal es de sumo valor (Belda Pérez-Pedrero, 2001, p. 180)<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> También puede verse sobre el respaldo hacia la presunción de inocencia en: Landa Arroyo (2019).

<sup>7</sup> Sobre el tema también puede verse: Montañés Pardo y Sánchez Tomás (2018).

Pues bien, la presunción de inocencia refleja y requiere diversos derechos para que pueda ser respetada, entre los que está la existencia de “suficientes elementos incriminatorios que comprueben su intervención (...) en el hecho ilícito, (...) garantía de audiencia, ofrecimiento de pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente” (Aguilar López, 2015, p. 95), entre otras.

En ese sentido, dentro de los aspectos más relevantes de la presunción de inocencia dentro del proceso penal está su mandato de trato; es decir, si se entiende que un individuo debe ser considerado como inocente, entonces también debe ser tratado como tal (Moreno Catena, 2015, p. 875). No es posible, como suele hacerse hoy en día, presentar a una persona que aún está siendo investigada en los medios de comunicación como si fuese culpable, más aún cuando estos últimos realizan noticias pomposas que vulneran el precisado principio como regla de trato; lo peor de ello es que esto contribuye también a que la sociedad, posteriormente, realiza presión para que los individuos sean “puestos en la hoguera” sin aún haber pasado por un proceso penal con todas las garantías que les asisten (Echaíz Ramos, Álvarez Rodrich & García Cantizano, 2008, pp. 445-456)<sup>8</sup>.

Por otro lado, la presunción de inocencia tiene como otra de sus importantes manifestaciones su incidencia en la carga de la prueba (Fernández López, 2005). Y es que si se entiende que el individuo es considerado inocente por regla de juicio, entonces este no debe demostrar dicha inocencia, ya que, como el mismo nombre del principio lo dice, esta se presume; por ende, quien tiene la carga de la prueba es el Ministerio Público. Esta cuestión no carece de respaldo, ya que el artículo IV del Título

---

<sup>8</sup> Un enfoque amplio sobre el tema puede verse en: Sánchez Gómez, Ballesteros Sastre & Pulido Gutiérrez (2018).

Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 señala es el Ministerio Público “tiene el deber de la carga de la prueba”.

Además, el mismo Código Procesal Penal de 2004, contemplando ya la presunción de inocencia, también exige que para que este se enerve es necesaria una suficiente actividad probatoria, la misma que, evidentemente, debe estar a cargo del representante del Ministerio Público:

### **Artículo II. Presunción de inocencia**

1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido.

Las normas citadas anteriormente son claras y los pronunciamientos doctrinarios al respecto también apoyan la tesis antes planteada, en ese sentido se pronuncian Páramo y de Santiago (2012), Molina (1995), San Miguel (2003), García Pazos (2002), entre otros.

En esa misma línea, en la doctrina nacional Yon Ruesta y Sánchez Málaga (2005) precisan que:

La doctrina penal y procesal penal ha efectuado una clasificación respecto a los efectos que trae consigo la aplicación de la presunción de inocencia como principio regulador de la actividad punitiva estatal. En primer lugar, cabe señalar que produce un emplazamiento de la carga de la prueba en el acusador, que en el caso peruano es el Ministerio Público, el que no solo ejerce la acción penal, sino que también se encuentra encargado de conducir la investigación del delito, recreando así la secuencia fáctica y brindando al juzgador los hechos probados para efectuar la posterior valoración jurídica e imputación de responsabilidad. (pp. 145-146)

Así también, dentro de la doctrina nacional se sigue haciendo incidencia en que la presunción de inocencia lleva consigo una regla probatoria que dirige la carga de la prueba –como se viene sosteniendo en esta investigación– hacia el fiscal y todas las facultades que le brinda el Estado; así, Valderrama Macera (2021) señala que:

Lo que se colige con la función investigadora y acusadora del Ministerio Público como entidad que ostenta la **carga de la prueba** sobre la comisión de hechos delictivos desvirtuando el *in dubio pro reo*. Por tanto, este principio en su manifestación de regla probatoria constituye un pilar del razonamiento probatorio como una valla a superar si se pretende demostrar la

responsabilidad penal del investigado debe acreditarse «*beyond any reasonable doubt*» **más allá de toda duda razonable.**

Además de la doctrina, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia también es explícita al precisar que la carga de la prueba, por derivación del principio de presunción de inocencia, le corresponde al Ministerio Público; así, la Sala Penal Permanente, en el Recurso de Nulidad N° 515-2016-Lima, de fecha 11 de enero de 2017, precisó en su sumilla lo siguiente:

La presunción de inocencia es una garantía constitucional que le asiste a todo procesado; esta se mantiene incólume hasta que por medios probatorios suficientes se desvirtúe. La carga de la prueba siempre corresponde al Ministerio Público, quien es el órgano que debe probar lo que imputa.

En ese mismo orden de ideas, también el Tribunal Constitucional ha señalado en el Expediente N° 00156-2012-PHC/TC, caso Tineo Cabrera de fecha 8 de agosto de 2012, lo siguiente:

Esta perspectiva de la presunción de inocencia determina que no puede trasladarse la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el proceso o procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia (...).

Además, en la sentencia del Tribunal Constitucional antes citada también se hace referencia a la sentencia recaída en el Expediente N° 08811-2005-PHC/TC, en el que

el máximo intérprete de la Constitución precisó que se obliga “al órgano jurisdiccional a realizar una actividad probatoria suficiente que permita desvirtuar el estado de inocente del que goza todo imputado (...)”.

Pues bien, con lo dicho queda más que claro el sentido de la presunción de inocencia tanto como regla de trato como regla de prueba, por lo que estas cuestiones deberán ser tomadas en cuenta en absolutamente todas las investigaciones, de lo contrario no solo se afectaría a este principio, sino a la propia esencia del sistema acusatorio y las bases del Estado de Derecho.

## CAPÍTULO III

### EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL PERÚ

#### 3. ANÁLISIS DOGMÁTICO DE DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El delito de enriquecimiento ilícito se encuentra regulado en el artículo 401 del Código Penal peruano y a la letra dice lo siguiente:

##### **Artículo 401. Enriquecimiento ilícito**

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto a de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Sobre este delito el Perú ha realizado una conceptualización que se podría decir “oficial”, ya que en la Plataforma digital única del Estado peruano (s/f.) se precisa que:

Es cuando un funcionario público aprovecha su cargo para incrementar ilícitamente su patrimonio respecto a sus ingresos, afectando así al Estado.

Se identifica a un funcionario que comete este delito cuando presenta un aumento muy notorio de su patrimonio o su gasto económico personal, en comparación a su declaración jurada de bienes y rentas ya sus ingresos actuales.

Por su parte, Hugo Álvarez (2007) ha señalado que este delito hace referencia al funcionario o servidor público que de forma ilícita aumenta su patrimonio en referencia a sus bienes legítimos durante el ejercicio de sus funciones y con correspondencia de sus ingresos, de modo que no pueda justificarlos de forma razonable (p. 36).

Pues bien, para poder comprender a cabalidad este delito y, eventualmente, algunos problemas que presente, así estar en la capacidad de continuar con la presente investigación, es menester realizar un análisis dogmático del mismo, el cual realizaremos a continuación.

### **3.1. Bien jurídico protegido**

Cuando nos referimos al bien jurídico tratamos acerca del valor que el Estado desea salvaguardar, debido a que se considera este de tal entidad e importancia que sin él no se podría llevar a cabo una adecuada y pacífica vida en sociedad.

En ese sentido, es muy importante conocer qué bien jurídico se protege en cada delito con la intención de tener una visión clara de cuál es el ámbito de protección de la norma y cómo hemos de abordar la problemática particular de cada tipo penal en específico en la teoría y práctica.

Así las cosas, en el delito analizado no existe un verdadero consenso acerca de qué es lo que se protege (Gálvez Villegas, 2017, p. 186). Sin embargo, como los sujetos que cometen este ilícito son funcionarios o servidores públicos, podemos interpretar que el bien jurídico en sentido amplio es la Administración Pública.

En ese sentido, citado por Gálvez Villegas (2017), Núñez (1976, p. 439) precisa que lo que se pretende resguardar es la Administración Pública frente alguna

codicia desmedida por parte de las personas que la integran y componen; en esa misma dirección apunta Creus (1981, p. 417), también mencionado por el primer autor, al establecer que se busca prevenir aquellas conductas anormales que persigan el incremento patrimonial a costa de la condición de funcionario o servidor del sujeto activo.

Por su parte, Salinas Siccha (2016), con quien coincidimos en ese sentido, expresa que:

El bien jurídico específico lo constituye el normal y correcto ejercicio de las funciones de los cargos y empleos públicos por parte de los funcionarios y servidores públicos que se deben a la Nación. (...). Es obvio, que así planteado el delito de enriquecimiento ilícito no cautela ni protege en forma directa o indirecta el patrimonio del Estado. (pp. 715-716)

Siguiendo lo dicho por Salinas Siccha, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado, en la Casación N° 277-2018-Ventanilla, de fecha 21 de marzo de 2019, que:

(...) lo que se protege es, fundamentalmente, el fin prestacional, la objetividad y la legalidad en la Administración Pública, no tanto el patrimonio del Estado. El agente oficial tiene deberes de probidad y transparencia que delimitan sus actos como integrantes de un ordenamiento administrativo –delito especial de posición institucionalizada–; la probidad de la función pública se tutela en el contexto de toda la actividad funcional.

En ese sentido, podemos concluir que, a diferencia de otros delitos contra la Administración Pública, el delito de enriquecimiento ilícito no pretende incidir en la protección del patrimonio estatal, sino lo que busca salvaguardar es que los funcionarios y servidores públicos realicen sus funciones con la debida observancia a los deberes y obligaciones propias de su cargo, sin pretender usar dichas potestades para incrementar su patrimonio en contra o fuera del ordenamiento jurídico vigente.

### **3.2. Sujetos**

El delito de enriquecimiento ilícito no es un delito común, ya que el sujeto activo no puede ser cualquier sujeto, sino tiene que ser un funcionario o servidor público. Esta situación convierte a este delito en uno especial. Asimismo, Abanto Vásquez (2003) señala que incluso puede ser cometido por un exfuncionario público, sobre quien se comprueba que se enriqueció ilícitamente en el tiempo en el que desempeñaba funciones públicas (p. 542).

En ese mismo sentido, reconociendo que el enriquecimiento ilícito es un delito especial, se pronuncia la Ejecutoria Suprema de fecha 30 de diciembre de 2004, recaída en el Recurso de Nulidad N° 2976-2004-Lima:

Aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial –propio, en este caso– es absolutamente posible el concurso con terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que a intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos (...).

Ahora bien, en lo que respecta al sujeto pasivo de este delito, no quedan dudas de que es el Estado, debido a que es quien brinda los cargos tanto a los funcionarios o servidores públicos, por ello, cuando son estos quienes van en contra de estas funciones, atentan contra el propio Estado quien les confió tal labor.

Si algún ciudadano se vio perjudicado por el delito de enriquecimiento ilícito, ya que el funcionario o servidor público abusó de su cargo y lo perjudicó, no significa que pueda considerarse sujeto pasivo de este delito, pero sí puede ser un afectado por el mismo y tendrá toda la facultad de incorporarse al proceso como actor civil.

### **3.3. Conducta típica**

El punto medular y más problemático de este delito gira en torno a la conducta típica del mismo, y es que, según la propia redacción del tipo penal, este se genera cuando “incrementa ilícitamente su patrimonio”, ello a través del abuso de su cargo. Sin embargo, no se precisa ninguna forma específica en la que se puede realizar ello, siendo sumamente indeterminado; sin embargo, esta cuestión será abordada más adelante en esta investigación.

La doctrina también señala que el incremento ilícito del patrimonio es la conducta típica, precisando que se comprende tanto el aumento de activos como la disminución de pasivos (Chanjan, Padilla Trinidad y Gonzales, 2019, citando a Montoya Vivanco, 2015, p. 123); es decir, el incremento del patrimonio no solo debe interpretarse como el hacer ingresar más bienes, dinero u otros activos al patrimonio, sino también, de manera ilícita, pagar diversas deudas u obligaciones y, de ese modo, el patrimonio tenga una mejor disminución.

Según Chanjan, Padilla Trinidad y Gonzalez (2019), citando a Abanto Vásquez (2003), el elemento que sirve para medir el aumento patrimonial es la declaración jurada que realizan los funcionarios públicos, y en caso de no existir dicha declaración jurada, se medirá a través de la “declaración del impuesto a la renta y los signos exteriores de riqueza”.

Respecto a los signos exteriores de riqueza, pueden entenderse como aquellos actos que realiza el individuo y que, de los mismos, pueda entenderse que no tiene la capacidad de tener la riqueza que se puede evidenciar.

Ahora, como bien precisa el artículo bajo análisis, no se refiere a cualquier tipo de incremento, sino que este debe ser ilícito, contrario a Derecho, vulnerando las disposiciones del ordenamiento jurídico (Torres Pachas, 2021; citando a Novoa y Rodríguez, 2012); por ende, no debería bastar con que no se pueda probar de dónde proviene cierto incremento patrimonial, sino que debe probarse que este proviene de alguna actividad ilícita.

Es importante señalar que, como se precisó anteriormente, es importante que el incremento patrimonial se realice con abuso de su cargo; en ese sentido, es enfática García Cantizano (2021) al señalar que:

Ello implica que el mecanismo empleado por el funcionario para lograr ese enriquecimiento es el ejercicio de su propio cargo, de tal forma que si, por ejemplo, la secretaria del ministro obtiene una jugosa cantidad de dinero gracias a que logró que este firmara un importante contrato con una determinada empresa, en realidad, estaríamos hablando de un eventual tráfico de influencias más que de un acto de enriquecimiento ilícito, por

cuanto su conducta nada tiene que ver con las obligaciones propias de su cargo. (p. 116)

Así también, en esa misma línea de entendimiento, Ugaz Sánchez-Moreno y Ugaz Heudebert (2017) precisan que:

El delito de enriquecimiento ilícito se configura cuando el funcionario o servidor público incrementa ilícitamente su patrimonio valiéndose abusivamente del cargo que ostenta en la administración pública. El incremento patrimonial indebido implica un desbalance inexplicable entre sus ingresos y la situación económica que exhibe. (p. 128)

Luego de todo lo dicho, no nos queda dudas respecto a cómo se configura el delito de enriquecimiento ilícito en nuestro país y la forma en la que este debe ser interpretado por todos los operadores de Derecho, por lo que lo señalado puede condensarse en las palabras de Arismendiz Anaya (2018) quien señala que se exige que en este tipo penal se requiere que se abuse de sus atribuciones propias de la función pública (p. 824).

### **3.4. Consumación**

Este delito se consumaría cuando se verifica el incremento patrimonial injustificado (Torres Pachas, 2021); sin embargo, consideramos que es necesario verificar que aquel incremento sea ilícito, contrario al ordenamiento jurídico y, como se señaló anteriormente, con abuso de su cargo.

Además, debe tener en cuenta que no es necesario que el dinero se “blanquee” para que este tipo penal se consume, ya que dicha acción es típica del lavado de activos; así, García Cantizano (2021) señala que: “[e]ntendemos que no hay incompatibilidad

alguna entre el delito de enriquecimiento ilícito y el de lavado de activos, por cuanto el primero puede presentarse también como delito fuente que da pie a la comisión del segundo” (p. 117).

### **3.5. Subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito**

Un tema importante que no puede dejarse de lado al momento de analizar el delito de enriquecimiento ilícito es el relacionado a su naturaleza subsidiaria, cuestión que muchas veces es dejada de lado por los operadores de justicia y usan este delito como su primera opción, al no ser capaces de probar la tipicidad de otros delitos, convirtiéndose el enriquecimiento ilícito en “cajón de sastre”.

Al respecto, Nakazaki Servigón (s/f.) critica la acción de los operadores de justicia, quienes inician una investigación por el delito de enriquecimiento ilícito, ya que no pueden cumplir con la probanza de las conductas típicas de otros delitos contra la Administración Pública; así, señala que:

Conforme a la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito desarrollada éste carece de la descripción de acción típica, lo que se explica si se considera que esta figura delictiva surgió para evitar que delitos contra la administración pública que cometían funcionarios o servidores públicos queden en la impunidad por problemas de probanza. (p. 4)

Esta opinión no es única de Nakazaki Servigón, sino que también Prado Saldarriaga (1996) ha precisado que “[e]n buena cuenta estamos ante un delito de carácter subsidiario. Sólo en la medida en que el enriquecimiento no se deba a la comisión de

otro delito funcional, será posible invocar la tipicidad del artículo 401 del Código Penal” (p. 291).

Pues bien, diversa es la doctrina que apoya este carácter subsidiario del delito de enriquecimiento ilícito, por ejemplo, Peña Cabrera y Francia Arias (1993), Caro Coria (2002) y Salinas Siccha (2016), por lo que no nos queda duda de dicha subsidiariedad que debe revestir al citado tipo penal.

Pues bien, entendida a grandes rasgos, pero precisos, la tipicidad del delito de enriquecimiento ilícito, estamos en la capacidad de entender cómo debe ser aplicado en nuestro país, por lo que ahora corresponde cómo es que este es tratado en la práctica, a fin de determinar si existen incoherencias entre el deber ser y el ser.

## CAPÍTULO IV

### EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y SU VULNERACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

#### 4. LA INVESTIGACIÓN Y TRATAMIENTO ACTUAL DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Dicho todo lo anterior, es importante tener en cuenta cómo es que se realizan las investigaciones por el delito de enriquecimiento ilícito en el Perú, para estar en la capacidad de observar algunas incoherencias que a la postre nos obligan a proponer cambios y propuestas de mejoras en pro de una mejor coherencia del Derecho Penal en el Perú.

Uno de los casos más emblemáticos que ha tenido nuestro país respecto a este delito es el seguido en contra diversos funcionarios del Estado peruano durante el gobierno del expresidente Alberto Fujimori Fujimori –tégase en cuenta que no se pretende simpatizar con el imputado en aquel entonces, sino solo describir y mostrar cómo se aplica, correctamente o no, el delito de enriquecimiento ilícito en el Perú–.

A dichos funcionarios se les imputaba haber recibido dinero del exasesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres, a fin de que desvíen sus funciones para favorecer a ciertas organizaciones contrarias al Derecho (Nakazaki Servigón, s/f.); el problema de la imputación realizada a tales individuos es que se siguió el proceso por dos delitos, uno por cohecho y por enriquecimiento ilícito, ambos delitos a la vez. Sin embargo, el problema que se puede observar en dichas acciones del ente persecutor del delito es que se olvida que el enriquecimiento ilícito es un delito subsidiario, tal como lo hemos señalados en puntos precedentes de esta investigación–, esto es, solo puede imputarse

si no existe otro delito contra la Administración Pública que pueda encajar, y si ya se está imputando otro delito, en este caso el de cohecho, no es posible investigar a la vez por el delito de enriquecimiento ilícito.

Al respecto, sobre este caso, Nakazaki Servigón (s/f.) señala que:

(...) el fundamento del enriquecimiento ilícito es la prevención de la impunidad de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios o servidores públicos por dificultades probatorias; en efecto ante la perjudicial impresión social que generaba el absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación, por no poder probar el delito que permitió su acumulación, se optó por el recurso de crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito que se utilizaría precisamente en los casos en los que no se acreditase la actividad criminal que llevó a cabo el funcionario público para la obtención del patrimonio sin justificación legal. (p. 5)

De lo dicho por el autor citado anteriormente, puede verse que el delito de enriquecimiento ilícito ha sido creado solamente para suplir un vacío de punibilidad en los delitos contra la Administración Pública; por ende, este debería aplicarse solo en casos excepcionales, mas no para calmar el clamor social, como puede evidenciarse en este caso.

Si lo anterior no se realiza, caemos en un problema al poder sancionar a personas por el simple hecho de querer evitar que la población no considere que se está dejando en impunidad ciertos actos; sin embargo, el Derecho Penal no puede caer en ese discurso,

de lo contrario estaríamos hablando meramente de un Derecho Penal simbólico<sup>9</sup>, el cual va en contra de los principios liberales del Derecho Penal<sup>10</sup> (Demetrio Crespo, 2004), los mismos que sustentan a su vez al Estado de Derecho.

Lo más preocupante es que si en este caso será sancionado por el delito de cohecho o se estaba investigando por este, no era necesario imputar el delito de enriquecimiento ilícito, ya que el delito de cohecho implica una dádiva que en este caso puede ser monetaria en sí misma que aumente el patrimonio del funcionario público; por ende, si el funcionario público tiene un patrimonio más allá de lo que podría obtener con su propio salario es evidente que proviene del delito de cohecho y, por lo tanto, el delito de enriquecimiento ilícito ya no es viable en cuanto a su investigación.

Ahora bien, caso contrario, si se imputa también el delito de enriquecimiento ilícito, sí estaría sancionando el delito de cohecho y, además, su fase de agotamiento; empero nosotros sabemos, por conocimiento general de Derecho Penal y de todas las figuras jurídicas, que el agotamiento del delito no es sancionable en casi ningún caso; por ende, es importante comprender la subsidiariedad propia del delito de enriquecimiento ilícito, de lo contrario estaríamos atentando contra el propio principio de legalidad, ya que en este supuesto no puede existir un concurso de delitos cuando existe un delito subsidiario y estaríamos atentando contra la tipicidad en este caso del delito de cohecho.

De ese mismo parecer es Bramont-Arias (2017), al expresar lo siguiente en un comentario realizado:

---

<sup>9</sup> Véase sobre el Derecho Penal simbólico a Hassemer (1991).

<sup>10</sup> Una crítica a la vulneración de los principios liberales del Derecho Penal puede verse en nuestra doctrina nacional en: Reyna Alfaro (2020). En la doctrina internacional, véase acerca de estos principios en un Derecho Penal garantista con base en lo prescrito por Luigi Ferrajoli y su comparación con las teorías de Lon Fuller en: (Peña Freire, 2020).

Esto nos lleva al segundo punto, donde se plantea que este delito es subsidiario y lo dice el Acuerdo Plenario también. Lo entendemos en el sentido que, en un caso concreto, se puede comprobar qué tipo penal funcional es el que cometió, ya no es necesario aplicar enriquecimiento ilícito. Si el funcionario cometió un cohecho pasivo propio, y le pagaron por esto cien mil dólares. Le van a encontrar el dinero. **¿Yo tengo que juzgarlo por cohecho pasivo propio y además por enriquecimiento ilícito?** A nuestro entender no.

Lo más preocupante de lo señalado hasta el momento es que este tipo de investigaciones son usuales en el Perú, donde el Ministerio Público realiza investigaciones por el delito de enriquecimiento ilícito a pesar de que también ha realizado una investigación por otro delito contra la Administración Pública que puede generar un enriquecimiento del funcionario que se ve inmerso en este tipo de ilícitos; en ese sentido, se evidencia que lo único que se pretende es, ante la dificultad de la prueba de diversos delitos contra la Administración Pública, sancionar o investigar, mejor dicho, el delito de enriquecimiento ilícito debido a que este tiene la carga de la prueba invertida cómo lo veremos a continuación.

Lo dicho se ve reforzado por la jurisprudencia nacional; por ejemplo, en el fundamento 6 de la Casación N° 782-2015/Del Santa, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se precisa que el delito de enriquecimiento ilícito tiene un carácter subsidiario, por lo que “se imputa al funcionario (...) a quien no se le puede imputar otro delito específico, pero que ha incrementado su patrimonio de modo irrazonable”, lo peor viene luego, cuando menciona que: “(...) al no poderse explicar de otra manera el origen ilícito del incremento patrimonial (...) se entiende

que ese superávit económico obedece a algún tipo de abuso (...) del cargo que ostenta”.

En otras palabras, la Corte Suprema lo que está diciendo es que se está realizando una presunción de culpabilidad hacia el funcionario o servidor público, ya que como no puede probar –inversión de carga de la prueba que se verá más adelante– que su superávit es lícito, entonces se presume ilícito. Ese es el razonamiento contrario al principio bajo análisis, por más ilógico que pueda parecer en un Estado respetuoso de la Constitución.

Sumado al problema anterior, existen casos en los que el Ministerio Público ni siquiera especifica cómo se ha abusado del cargo para hacer sus acusaciones; por ejemplo, en la Resolución N° 3, de fecha 27 de enero de 2012, del Expediente N° 00001-2011-4-1826-JR-PE-01, visto por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, se evidencia que la Quinta Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima había imputado a un juez suplente por haber adquirido inmuebles y tener diversas cuentas en diferentes bancos, todo ello fue debidamente explicitado; sin embargo, respecto al abuso de cargo señaló solamente lo siguiente: “sosteniendo un nivel de gastos superior al de los ingresos que ilícitamente percibe, **aprovechando el cargo de funcionario público**, en su condición de magistrado del Poder Judicial, durante el periodo 2008 al 2010” (el resaltado es nuestro). Es decir, toda la argumentación del abuso de cargo solo fue “presunta”, ni siquiera se explicó cómo se llevó a cabo, limitándose, posteriormente, a precisar que no presentó sus declaraciones juradas conforme solicita la ley (¡Como si ello probase el abuso del cargo!), siendo que toda la actuación probatoria giró en torno a si presentó o no sus declaraciones juradas y si acreditaba sus rentas lícitas (inversión de la carga

de la prueba), mas no algo respecto al abuso de cargo; es decir, se presumió culpable al investigado.

#### **4.2. La inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito y su vulneración al principio de presunción de inocencia**

Como dijimos anteriormente, uno de los problemas más grandes del delito de enriquecimiento ilícito es que el Ministerio Público, en específico los fiscales, al considerar que la prueba de muchos delitos contra la Administración Pública es complicada debido a que se deben realizar diversos peritajes informes investigaciones en grandes instituciones declaraciones de testigos muchas veces difíciles entre otros problemas, recurren al delito de enriquecimiento ilícito como un salvavidas en su labor; ya que como se dijo anteriormente en este delito se invierte la carga de la prueba cuestión que explicaremos a continuación.

El delito de enriquecimiento ilícito requiere que exista un incremento ilegal en el patrimonio del funcionario público, para que este pueda determinarse se evalúa la declaración jurada de bienes y rentas o la declaración del impuesto a la renta y signos exteriores de riqueza, como ya lo hemos señalado anteriormente, y el dinero con el que cuenta en funcionario público excede lo declarado; esto, sin lugar a dudas, es un indicio de que puede existir la comisión de un delito, lo cual no nos parece descabellado; sin embargo, es solamente eso, un indicio, no podría suponerse que este dinero proviene de un delito, ya que, evidentemente se estaría atentando contra el principio de presunción de inocencia.

Para investigar y probar si proviene o no dicho incremento de alguna actividad ilícita con abuso del cargo, es el Ministerio Público quien tiene que realizar las diligencias necesarias y demostrar lo dicho anteriormente; no obstante, en nuestro país se exige

que sea el funcionario quien pruebe que los bienes que tiene provienen de actividades lícitas, es decir, es el imputado quien tiene que demostrar su inocencia, cuestión que evidentemente vulnera ya de por sí el principio de presunción de inocencia.

Esta cuestión, en teoría, ha sido proscrita por la jurisprudencia nacional, ya que la Corte Suprema ha expresado lo siguiente en el Recurso de Nulidad N° 2939-2015-Lima:

1. El enriquecimiento ilícito es un delito de abuso funcional por parte del sujeto cualificado –el funcionario o servidor público–. No es un delito de no justificación razonable del incremento patrimonial, por parte del sujeto activo.

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

3. El delito de enriquecimiento ilícito se consuma con el abuso de la posición funcional por parte del sujeto activo, evidenciado en actos concretos que generan como resultado un incremento patrimonial ilícito. (El resaltado es nuestro)

Y lo dicho por la Corte Suprema en la citada jurisprudencia es lo más lógico, ya que el imputado puede, incluso, permanecer inactivo durante todo el proceso, sin presentar ningún medio de prueba o guardar silencio, sin que ello pueda interpretarse como un indicio de culpabilidad; en cambio, es deber del Ministerio Público demostrar que el individuo ha cometido el delito o no, y tratar al procesado en todo momento como inocente, tal como hemos señalado en el ítem pertinente al principio de presunción de inocencia.

A pesar de lo expresado y dicho anteriormente, la jurisprudencia misma de la Corte Suprema entra en una clara contradicción con esto cuando, en la Casación N° 953-2017-Lima, señala lo siguiente de manera clara:

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

Lo que está sucediendo en el país es que los bienes y patrimonio no justificado se presume ilícito, cuando lo correcto debe ser que se presuma lícito mientras no se prueba la procedencia contraria a Derecho del mismo, prueba que debe estar a cargo

del Ministerio Público, pero no del propio imputado, de lo contrario, repetimos, se estaría presentando una flagrante vulneración al principio de presunción de inocencia y todas sus manifestaciones ya antes explicadas.

En otro pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la República, precisamente en el Recurso de Nulidad N° 1076-2011/Lima, de fecha 13 de julio de 2012, se ha mencionado que: “Una vez acreditado el enriquecimiento inexplicable por la investigación de las autoridades, el acusado tiene que demostrar que el enriquecimiento provenía de fuentes lícitas; (...) es suficiente que el imputado no cumpla con acreditar la procedencia del balance patrimonial”. Claramente este pronunciamiento del más alto estamento del Poder Judicial lo que hace es acentuar la inversión de la carga de la prueba, en otras palabras, es el acusado quien debe de demostrar su inocencia.

Un caso más sobre la inversión de la carga de la prueba es el visto en el Recurso de Nulidad N° 2160-2018-Lima, de fecha 21 de agosto de 2019, donde se señala que en la sentencia recurrida se precisó que el imputado solamente “acreditó como ingresos los dividendos por inversiones de valores por acciones bursátiles y el préstamo de la citada Caja, lo que no coincide con los excesivos gastos que realizó”; es decir, que se exigía que el acusad demuestre su inocencia y no, al contrario, que el Ministerio Público demuestre la ilicitud de los ingresos que existían en exceso; claramente, entonces, se evidencia una inversión de la carga de la prueba, donde el Ministerio Público evita la labor que se le es asignada: investigar y, eventualmente, probar la comisión de un delito.

Por ende, es de verse claramente que la inversión de la carga de la prueba que existe en las investigaciones iniciadas por el delito de enriquecimiento ilícito vulnera al

principio de presunción de inocencia, el cual tiene vital importancia en un Estado de Derecho y el respeto de las libertades de los ciudadanos.

### **4.3. La investigación del delito de enriquecimiento como atentado contra la realidad peruana**

El Perú es uno de los países más informales de la región, ya que, con base en las cifras de la Encuesta Nacional de Hogares, cuenta con una tasa del 73.9 % de informalidad laboral en 2022 (Comex Perú, 2022); muchos de los trabajadores en nuestro país no tienen amparo legal en sus quehaceres, no tienen derechos ni beneficios laborales, no se sabe cuánto capital generan y, por ende, mucho menos qué cantidad de dichas ganancias heredan posteriormente a sus hijos, por ejemplo, debido a que son muy pocos los testamentos que se inscriben al año; por ejemplo, en 2016 se señalaba que solo tres mil testamentos son inscritos anualmente (El Comercio, 2016).

Sumado a la informalidad antes descrita, también existe informalidad en lo que a tributos se refiere, ya que el Perú solo recauda el 52.8 % de lo que podría recibir si no existiese una gran evasión tributaria con la no emisión de comprobantes de pago, por ejemplo (Ramirez Zamudio & Nolazco Cama, 2016); así, en 2021 el Ministerio de Economía y Finanzas precisó que en nuestro país se dejan de pagar aproximadamente 640 mil millones de soles al año en impuestos (El Peruano, 2021). Y es que este fenómeno puede verse en el día a día, ya que muchos negocios no emiten ninguna boleta de venta o factura a los compradores que tampoco exigen ello, por lo que los ingresos y adquisiciones no se registran en una fuente que pueda dejar constancia del tráfico jurídico mercantil que existe en nuestro país.

Ahora bien, surge la pregunta acerca de si es el Derecho Penal la rama idónea para afrontar esta situación y lograr que los ciudadanos formalicen sus cuentas, ingresos,

egresos, herencias, etc.; simplemente la respuesta es no. Y es que el Derecho Penal no puede mejorar la situación de informalidad, eso les queda a otras ramas del Derecho con medidas idóneas y menos lesivas para la libertad de los ciudadanos, todo ello con base en los principios de fragmentariedad, subsidiariedad y *ultima ratio*.

Y es que, si bien el Derecho Penal es un medio de control social, este solo debe aparecer o intervenir cuando otras ramas del Derecho no puedan hacerlo, habiendo agotado todas las medidas idóneas e implementado programas adecuadamente; en otras palabras:

La subsidiariedad consiste en recurrir al Derecho penal, como forma de control social, solamente en los casos en que otros controles menos gravosos son insuficientes, es decir, “cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho”

(...)

El Derecho penal no puede ser tenido como prima o única *ratio* para la solución de los problemas sociales, que muchas veces son perfectamente filtrables por otras ramas del ordenamiento jurídico. (Milanese, s/f., p. 5)

En esa misma línea, Rojas Rodríguez (s/f.), citando a Villavicencio Terreros (2006, p. 93), menciona que:

El principio de subsidiaridad se complementa con el de fragmentariedad, y ambos se aglomeran alrededor del principio de mínima intervención del Derecho Penal. Este, de acuerdo con

Villavicencio, es una directriz de política criminal que implica un triple contenido: El derecho penal debe seleccionar los ataques que impliquen una especial gravedad para el bien jurídico. (p. 370)

En ese sentido, podemos evidenciar que, si bien el Derecho Penal es un medio de control social, no puede intervenir en todo momento y ante cualquier ataque, sino solamente ante aquellos atentados contra bienes jurídicos importantes. En ese contexto, en lo relacionado contra el delito de enriquecimiento ilícito, si bien este es un delito que pretende proteger un bien jurídico de gran trascendencia como es la Administración Pública, este debe aplicarse solamente cuando otros tipos penales – como ya se ha dicho anteriormente– no sean capaces de sancionar las conductas, de allí es que proviene el carácter subsidiario que se ha precisado antes.

Sin embargo, lo que muchas veces se pretende con este delito es impulsar a la formalidad en un país como el nuestro, en el que muchas veces la riqueza se obtiene sin tener una constancia firme de ello, sin la necesidad de que provenga de actividades ilícitas; por ende, aquí el Derecho Penal pretende cumplir con una función que a vista evidente no le corresponde.

No obstante, lo señalado anteriormente no es lo más grave ni preocupante, ya que es una parcela del gran terreno de lo debatible, y es que muchas veces se considera que el Perú solo le pertenece a Lima o las ciudades “desarrolladas” y que la realidad de nuestro país únicamente es aquella “occidentalizada” o la que sucede en la selva de cemento, pero dicha visión no puede estar más apartada de lo que en verdad sucede en nuestra nación.

Lo dicho en el párrafo anteriormente anterior es la antesala para lo que mencionaremos ahora mismo, y es que la realidad peruana es tan amplia que nos muestra que en muchas zonas del campo, lejos de la ciudad y de lo que se cree que es lo único que sucede en el Perú, también se generan diversas actividades económicas que no siguen siquiera los patrones establecidos en nuestras normas; pongamos el siguiente ejemplo:

Juan, campesino que ha dedicado toda su vida a la agricultura y ganadería realiza en el lapso de diez años ventas de millares de kilos de zanahoria, lechuga y tomate, así como centenares de cabezas de ganado, todas las ventas realizadas nunca han contado en documento escrito ni ningún otro medio que pueda probar fehacientemente todas esas transacciones. Además, Juan heredó de su padre dos casas muy grandes y terrenos de dos hectáreas que nunca tuvieron registro ante las entidades correspondientes, pero que era sabido en su comunidad que le pertenecían.

Juan tuvo una unión de hecho con Rosa, quien también “heredó” bienes familiares con las mismas características informales que las de su compañero de vida. Pasado unos años, tuvieron un único hijo de nombre Manuel. Este último, con esfuerzo de sus padres Juan y Rosa, logró estudiar en la ciudad, obtener el título de administrador y obtener una plaza estatal como funcionario público.

Manuel, al realizar su declaración jurada de bienes, evidentemente solo declara lo que tiene en su poder hasta ese momento; sin embargo, a los seis meses de haber ocupado el importante cargo como funcionario público, sus padres Juan y Rosa fallecen en un penoso accidente de

tránsito, quedando todos los bienes de ellos en su poder único, al no tener hermanos.

Ahora Manuel tiene a su disposición las casas y terrenos que sus padres habían “heredado” de generaciones anteriores, pero, como se señaló anteriormente, no existía ningún registro documental de que dichos bienes estaban a nombre de los padres de Manuel; sin embargo, a toda la comunidad tener conocimiento de que dichos bienes pertenecían a Juan y Rosa, nadie dudaba de la legítima “herencia” que había quedado para Manuel.

Manuel ahora mismo usufructúa dichos bienes también a través de la agricultura y ganadería, vendiendo sus productos en la misma comunidad, sin boletas ni ningún comprobante de pago, ya que en dicha comunidad campesina nunca se había acostumbrado ello; por lo que con el pasar del tiempo, Manuel había incrementado su patrimonio.

Al evidenciarse un incremento grande en el patrimonio de Manuel, se le inicia una investigación por el delito de enriquecimiento ilícito y, con base en la inversión de la carga de la prueba expuesta ya anteriormente en este trabajo de tesis, se le pide demostrar con documentos de dónde proviene este patrimonio excedente que ahora tiene, cuestión que para Manuel es imposible demostrar por lo ya dicho en el caso.

Al no poder demostrar, la investigación por el delito de enriquecimiento ilícito prospera y esta persona es sentenciada, ya que, a pesar de que no se pudo probar fehacientemente que su patrimonio nuevo había sido obtenido ilícitamente y con abuso de su cargo, debido a la “presunción

de culpabilidad” existente por no poder demostrar el origen “lícito de su patrimonio”, se consideró culpable.

Este caso que hemos citado es uno de los más frecuentes en la realidad peruana, en donde las personas ajenas a las costumbres ciudadinas generan su intercambio de bienes sin comprobantes de pago, boletas de venta, entre otros; esta realidad no debería ser indiferente para el legislador, el Ministerio Público ni para el Poder Judicial; sin embargo, sucede todo lo contrario, se pretende aplicar normas meramente “occidentales” a personas con costumbres muy distintas, pero totalmente válidas dentro de su proceso de socialización.

Esta forma “occidental” o “europeizada” de ver el mundo ha sido ya criticada por tener una visión ajena a la que podríamos llamar “lacionamericana” (De la Vega, s/f.), en el cual, citando a Wolkmer (2006), ya señalado por la anterior autora, se pide a pueblos con otras costumbres y visión del mundo “intentar construir un mundo de vida basado en nuevos paradigmas de legitimidad y racionalización”.

En ese sentido, se abandona la visión de las normas personales o que puedan analizar las distintas realidades de los pueblos, pasando a ver al Derecho como un todo que debe ser seguido por todos y cada uno de los individuos, sin importar su cosmovisión y costumbres, en otras palabras:

Como vimos, la filosofía de la modernidad ha contribuido a la constitución y reproducción de la universalidad abstracta y a la des-corporalización del sujeto epistémico desde donde se enuncia la realidad. Siendo por consiguiente eurocéntrica, pues la cultura, civilización, filosofía y subjetividad de la modernidad europea fueron tomadas como lo humano universal. Por

consiguiente, el pensamiento de la modernidad dotó al derecho su carácter de universalismo abstracto, ocasionando que el Derecho moderno este formado por normas que tienen característica de ser generales, abstractas e impersonales. (De la Vega, s/f.).

Dicho esto, el legislador, a través del delito de enriquecimiento ilícito, tal como se encuentra redactado en nuestro ordenamiento jurídico, está desconociendo de manera flagrante nuestra realidad peruana, investigando a sujetos como Manuel – señalado en nuestro ejemplo– que no han cometido un delito, sino que solo han heredado como pasa con miles de peruanos.

Si bien se podría decir que es importante que esta situación en nuestro país poco a poco cambie y se pueda tener cada vez más formalidad de en la adquisición, venta, herencia, etc., esta no es labor del Derecho Penal, como ya se dijo anteriormente, no puede un tipo penal atentar contra esta realidad que, en todo caso, debe ser mejorada a través de políticas públicas que incidan en el apoyo, concientización, capacitación y guía a las personas del campo, mas no es una gestión que deba realizarse a través de la política criminal estatal.

Esta situación, evidentemente, podría mejorarse con una redacción pulcra del artículo 401 del Código Penal peruano que, debido a una mala redacción atenta contra el principio de legalidad, como veremos a continuación.

#### **4.4. El delito de enriquecimiento ilícito y su vulneración al principio de legalidad en el Perú**

El problema de sanción a personas que tienen bienes que no pueden justificar sin que necesariamente estos provengan de actividades ilícitas es bastante frecuente, pero podría solucionarse con una adecuada y precisa redacción del artículo 401 de nuestro Código Penal.

Sin embargo, al analizar la redacción de este podemos encontrar serias deficiencias que queremos evidenciar a continuación.

#### **4.5. El elemento “abusando de su cargo”**

El tipo refiere que se sancionará a un individuo que “abusando de su cargo”, incrementa ilícitamente su patrimonio; cuestión que parece no presentar ningún problema *a priori*, empero, al realizar un análisis con base en las manifestaciones del principio de legalidad, sí muestra serias deficiencias que provocan problemas en la práctica diaria a todos los operadores de justicia y, sobre todo, a las personas que se ven inmersos en procesos por el delito de enriquecimiento ilícito.

Y es que cuando nos referimos al mandato o garantía de *lex certa*, dijimos en el capítulo pertinente que esta hacía referencia a que el legislador debe elaborar las normas penales de tal manera que no se presta a ambigüedades, sea clara y precisa; sin embargo, la pregunta respecto al delito de enriquecimiento ilícito sería: ¿qué se debe entender por “abusando de su cargo”? ¿Cuándo se considera que cierto acto es “abuso” de cargo y cuándo no? ¿Qué acciones debe cometer el funcionario público para que podamos decir que ha abusado de su cargo? Estas preguntas no ofrecen respuesta con la sola lectura del tipo penal, pues su redacción no es clara.

Esto también atenta contra la garantía de *lex stricta*, pues la deficiente redacción que genera una descripción poco explícita puede derivar en interpretaciones amplias,

analógicas, lo que a la postre derivará en que se amplie el ámbito de punibilidad, atentando contra los principios de fragmentariedad, subsidiaridad y *ultima ratio* del Derecho Penal, como sucede claramente en el caso expuesto en el punto anterior.

La deficiente redacción de este artículo puede explicarse porque es solo un “salvavidas” o, en palabras de Bramont-Arias (2017):

En el sentido de que no se quiere generar vacíos de punibilidad a funcionarios públicos que realicen actos ilícitos y que no se les pueda comprobar los mismos. Solo en ese caso, debería aplicarse el enriquecimiento ilícito.

Por tanto, es un tema de necesidad. Se ha generado el incremento patrimonial de un funcionario público, no se puede determinar **qué acto ilícito** es el que generó ese incremento. La tipificación tiene que ser directa, yo no puedo saber si es peculado, colusión o cohecho pasivo. En ese caso, surge el tema de enriquecimiento ilícito. Vamos a crear un tipo penal **para sancionar y no dejar impunes** esos actos ilícitos que no se pueden comprobar.

Un tipo penal que solo surge de la necesidad, evidentemente, ha sido redactado de manera tan amplia y ambigua para ser “aplicable” en cualquier caso en el que no se puede evidenciar la comisión de otro delito contra la Administración Pública, esto, no está de más decir, atenta contra toda la lógica que debe regir a un Derecho Penal dentro de un Estado democrático y constitucional de Derecho.

Otro ejemplo casuístico lo encontramos en la imputación realizada por la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del distrito judicial Del Santa el 4 de noviembre de 2014 (imputación que podemos ver en la Casación N° 782-2015-Del Santa, de fecha 6 de julio de 2016), en la que se le imputa a una exteniente alcaldesa el haber abusado de su cargo y aumentado su patrimonio en cuentas de su señor esposo. Lo que llama la atención en este caso es que no se explicó cómo esta abusó del cargo, cuestión que se debe a que el término es tratado de manera tan abierta que cualquier “sospecha” llega a ser típica y se presupone el abuso de cargo, vulnerando así el principio de legalidad.

Además, en el caso anterior, también se vulneró otro principio tratado líneas arriba, y es que, a pesar de que en segunda instancia la exteniente alcaldesa alegó la vulneración al principio de presunción de inocencia –entre otras cosas– no se consideró este argumento y su suerte no cambió, es decir, también el juzgado revisor tuvo las mismas consideraciones respecto al abuso de cargo, esto es, presumir en contra del investigado.

Más preocupante aún es lo dicho por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Sentencia de Casación N° 343-2012-Lima, de fecha 16 de abril de 2013, precisamente en su fundamento undécimo, en el que, en resumidas cuentas, expresa que el término “abusando de su cargo” ha sufrido diversas modificaciones legislativas y también puede entenderse como “por razón de su cargo” y “durante el ejercicio de las funciones”. Esta cuestión no hace más generar mayores vulneraciones al principio de legalidad penal, ¿cómo es posible que la literalidad de la norma pueda ser entendida de varias formas? ¿Acaso la letra de la norma puede ser interpretada como el juzgador considere, incluso yendo más allá de su propio sentido literal? ¿Esta situación no podría resolverse con una mejor redacción normativa que especifique de manera exacta y precisa cómo debe hacerse abuso del cargo?

#### 4.6. “Incrementa ilícitamente su patrimonio”

Cuando el tipo penal hace referencia a “incrementa ilícitamente su patrimonio” alude a la conducta típica del delito de enriquecimiento ilícito, tal como hemos señalado anteriormente; sin embargo, no especifica las formas en las que este individuo debe realizar dicho incremento, dejando un amplio margen a que se puede interpretar de manera extensiva ello.

Con esto no queremos señalar que todos los tipos penales deban especificar de manera extremadamente detallada cómo es que se puede cometer la acción típica; sin embargo, debemos ser conscientes de que en el Perú el Poder Judicial no siempre interpreta los tipos penales con base en los principios del Derecho Penal, teniendo en cuenta que por lo restrictivas de las consecuencias jurídico-penales, toda interpretación debería realizarse de manera que se disminuya el alcance de los tipos penales, para dar paso a que otras ramas del Derecho intervengan en lugar de la penal.

Entonces, si sumamos esta indeterminación del verbo rector del tipo penal con los problemas antes señalados, es evidente que se vulnera el principio de legalidad en sus garantías de *lex certa* y *lex stricta*, ya que la pobre redacción genera que se puedan realizar interpretaciones extensivas, abarcando así situaciones que no deberían ser sancionadas.

Lo dicho trae como lamentable consecuencia la sanción a individuos como Manuel, el protagonista de nuestro caso, quien en ningún momento realizó una acción ilícita en el estricto sentido de la palabra, sino simplemente no fue cauto al inscribir legalmente los bienes de sus padres (incluso sus padres, por costumbre y desconocimiento fueron los “causantes” de dicha situación). Es importante tener en cuenta que es muy distinta

una conducta ilícita que una informal, cuestión en la que se debe ser enfáticos y no confundirlas, como muchas veces pasa en la práctica.

## CAPÍTULO V

### CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS, PROPUESTA Y CONCLUSIONES

#### 5. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En el Capítulo I de este trabajo de tesis se establecieron dos hipótesis específicas y una hipótesis general, por lo que en este estadio de la investigación corresponde contrastarlas con base en todo lo desarrollado.

##### 5.1. Contrastación de la primera hipótesis específica

- El principio de legalidad tiene respaldo constitucional y de este se derivan los mandatos de *lex scripta, praevia, certa y stricta*. Respecto al principio de presunción de inocencia, también tiene respaldo constitucional e implica tratar al individuo como inocente mientras no se demuestre su culpabilidad mediante una sentencia firme.

En primer momento habíamos asumido que tanto el principio de legalidad como el de presunción de inocencia tenían respaldo constitucional, siendo que luego de realizada la investigación podemos confirmar tal hipótesis, ya que el primer principio encuentra respaldo en el artículo 2, literal d) de la Constitución Política del Perú; mientras que el principio de presunción de inocencia se soporta en el artículo 2.24.d) de la Carta Magna peruana.

Con lo dicho, puede precisarse que ha logrado evidenciarse que la importancia de los principios de legalidad y proporcionalidad que consideramos en la hipótesis planteada era totalmente válida.

Por otro lado, también se verificó que la doctrina dominante, tanto nacional como internacional, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional de nuestro país consideran que el principio de legalidad tiene cuatro mandatos que deben ser tomados en cuenta por el legislador y los operadores de justicia en todo momento, estos son: *lex scripta, praevia, certa y stricta*. Con ello se comprueba que nuestra hipótesis era válida, además de que se han desarrollado estas manifestaciones del principio de legalidad.

Por su parte, en lo que respecta al principio de presunción de inocencia, se puede contrastar que nuestra hipótesis era válida con base en el resultado de nuestra investigación, esto es, exista una regla de trato al imputado durante todo el proceso, que implica, además de considerarlo inocente y tratarlo como tal, que este no tiene que demostrar su inocencia, sino que es el Ministerio Público que con su labor investigativa deberá demostrar la culpabilidad del individuo.

Con base en lo señalado, podemos señalar, contrastando lo investigado con nuestra primera hipótesis, que esta queda confirmada y ha sido ampliada en el desarrollo del presente trabajo de tesis.

## **5.2. Contrastación de la segunda hipótesis específica**

- El delito de enriquecimiento ilícito es un delito especial, en el que el sujeto activo es el funcionario público y el sujeto pasivo es el Estado. Asimismo, tiene una naturaleza subsidiaria que debe tenerse en cuenta para su configuración.

La segunda hipótesis que contemplamos en esta investigación fue la referida al delito de enriquecimiento ilícito, especificando quiénes son los sujetos en este delito, así como la naturaleza subsidiaria que el tipo penal presenta.

De la investigación desarrollada hemos podido verificar que ambas afirmaciones son ciertas, sobre todo que la naturaleza subsidiaria que tiene este delito respecto a otros tipos penales es crucial para el objeto de investigación de nuestro trabajo de tesis, ya que responde al carácter de ultima ratio del Derecho Penal y, por consecuencia lógica, al respeto de los principios tanto de legalidad como de presunción de inocencia.

En ese sentido, podemos decir que, de la contrastación realizada entre la hipótesis y los resultados de la investigación, se verifica que nuestras afirmaciones iniciales eran ciertas y han quedado corroboradas.

### **5.3. Contrastación de la hipótesis general**

- El delito de enriquecimiento ilícito en el Perú vulnera en principio de legalidad en la medida que la determinación en su redacción va en contra de las garantías de *lex certa* y *lex stricta*; asimismo, vulnera el principio de presunción de inocencia debido a que se le exige al imputado que demuestre la licitud de sus bienes, invirtiendo la carga de la prueba y partiendo de la premisa de presunción de culpabilidad.

Cuando realizamos la hipótesis general habíamos realizado ya previamente un trabajo de lectura bibliográfica amplia, por la cual habíamos hipotetizado sobre su vulneración al principio de legalidad y al principio de presunción de inocencia, debido a su gran indeterminación en la redacción.

Posteriormente, con base ahora ya en los resultados de la investigación, al momento de contrastar la hipótesis con lo obtenido en este trabajo de investigación, podemos evidenciar que, en efecto, sucede dicha vulneración, por los motivos expuestos en los capítulos precedentes; pero, además, se evidenció que, sumado a las vulneraciones citadas, también va en contra de la realidad informal de nuestro país, por lo que si bien

la hipótesis fue cierta, quedó corta, ya que el delito de enriquecimiento ilícito presupone que todo bien que no pueda justificarse es ilícito, no siendo así en todos los casos.

Con base en todo lo señalado, podemos expresar que, habiéndose contrastado las hipótesis, se verifica que eran válidas todas, siendo solamente que la hipótesis general quedó limitada, al encontrarse incluso más vulneraciones por parte del delito de enriquecimiento ilícito en el Perú.

#### **5.4. PROPUESTA DEROGATORIA**

Luego de las críticas realizadas al delito de enriquecimiento ilícito, contemplado en el artículo 401 del Código Penal peruano, podemos evidenciar que este tipo penal responde a una política criminal que favorece la inactividad del Ministerio Público y la vulneración de los derechos sustantivos y procesales que le asisten a todo ciudadano, ya que en lugar de esforzarse en probar el delito que genera las ganancias ilícitas, se opta por imputar el enriquecimiento ilícito; sancionándose prácticamente los actos de agotamiento de todo delito contra la Administración Pública que genere “ganancias” al delincuente.

Asimismo, teniendo en cuenta lo dicho por Bramont-Arias (2017), esto es, que no todos los tipos penales lo contemplan, seguramente por las dificultades y vulneraciones evidenciadas, se puede deducir que no es un delito indispensable y que, por el contrario, intentando luchar por una justicia más fuerte, lo que se está logrando es atentar contra principios básicos de todo Estado de Derecho; en palabras coloquiales, la cura parece ser más grave que la propia enfermedad.

Por dicho motivo, desde nuestra palestra proponemos la derogación de este tipo penal, ya que existen un sinnúmero de delitos que correctamente sancionan conductas que afectan el correcto ejercicio de las funciones de quien labora dentro de la Administración Pública y que, de tenerse una adecuada probanza, se sancionará de igual forma un incremento ilícito del patrimonio por las ganancias provenientes de estos injustos penales.

Con dicha derogación, además, se evitará tener en nuestro Código Penal un delito que a todas luces es el único que invierte la carga de la prueba o, mejor dicho, el único que legitima la vulneración al principio de presunción de inocencia y una violación flagrante a la lógica liberal que debe ostentar todo Derecho Penal propio de un Estado de Derecho democrático.

No en todos los casos tener más delitos es la solución a los problemas, sino que un tipo penal mal aplicado mal comprendido se vuelve un arma de doble filo que en manos de operadores de justicia no responsables e inexpertos puede ser letal para nuestro Derecho Penal y un arma mortífera contra los derechos ciudadanos que deben permanecer incólumes frente al aparato estatal.

## **CONCLUSIONES**

- Tanto el principio de legalidad como el de presunción de inocencia encuentran respaldo constitucional tanto en Perú como en diversos estados que tiene el mismo orden constitucional de Derecho, lo que a su vez hace que estos principios constituyan una manifestación y pilar de este tipo de países, por lo que la defensa de estos principios y su vigencia en todo nivel es fundamental para garantizar, también, la propia estabilidad del Estado de Derecho.

- Las manifestaciones del principio de legalidad, esto es, *lex scripta*, *lex praevia*, *lex stricta* y *lex certa* son sumamente importantes para mantener la vigencia de este principio, por lo que cualquier vulneración a ellos debe ser frenada, tal como lo señala extensamente la doctrina y la jurisprudencia.
- El principio de presunción de inocencia no solo tiene respaldo constitucional, sino también las normas procesales de diversos países, como el Perú, lo respaldan. Este principio tiene diversas características que merecen ser respetadas por los operadores de justicia, pero entre las más resaltantes están que nadie debe ser considerado culpable si no se ha demostrado lo contrario y, sobre todo, que la carga de la prueba recae sobre el Ministerio Público, ya que como la persona se presume inocente, esta no debe demostrar nada.
- Ahora bien, respecto al delito de enriquecimiento ilícito, este tiene entre sus características más resaltantes su naturaleza subsidiaria, por lo que este no puede aplicarse a la par con otros delitos contra la Administración Pública; sin embargo, el Ministerio Público no respeta ello e inicia investigaciones imputando el delito de enriquecimiento ilícito junto a otros como el cohecho, colusión, etc.; situación que ha sido puesta de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia nacional.
- Asimismo, la poca claridad e indeterminación en la redacción del delito de enriquecimiento ilícito genera que la interpretación que se hace de este sea muy amplia, extensiva y casi omnicomprendiva, generando una clara vulneración a los mandatos o garantías de *lex certa* y *lex stricta* del principio de legalidad.
- Sumado a todo lo señalado, la aplicación que se realiza del delito de enriquecimiento ilícito no atiende a la realidad peruana, debido que en nuestro país, sobre todo en el campo, existen muchos bienes y patrimonio heredado que pasa de facto de generación en generación, cuestión que evidentemente

genera que no se tenga ningún documento con el que acreditar la legalidad de dichos bienes, pero sin que estos provengan de actividades ilícitas; a pesar de ello, se inician investigaciones por el delito bajo estudio, que en muchos termina en sentencias condenatorias. Si bien es importante poco a poco mejorar la informalidad del país, esta no es labor del Derecho Penal y mucho menos a través de la sanción a personas que no han vulnerado ninguna norma penal.

- Ante el escenario señalado, no es posible mantener un tipo penal en nuestro país con dichas características, ya que existen otros tipos penales que ya sancionan delitos en las cuales el funcionario o servidor público se vale de su cargo para incrementar su patrimonio, por lo que no quedaría ningún vacío de punibilidad, todo lo contrario, se estaría evitando vulneraciones y problemas que día a día aquejan a los principios constitucionales en el Perú.

Es importante señalar que esta investigación pretende sumar un grano de arena a la gran playa que es un Derecho Penal coherente y justo, no pretendiendo dejar impunes a personas que infringen las normas jurídicas y se valen de las funciones que el Estado les confía para beneficiarse al margen de la ley, sino para evitar que se pervierta el sentido que debe tener el *ius puniendi* en un Estado liberal y democrático como nuestro Perú.

## REFERENCIAS

- Abanto Vásquez, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. (2ª ed.). Lima: Palestra.
- Aguilar López, M. A. (2015). *Presunción de inocencia. Derecho humano en el sistema acusatorio*. Ciudad de México: Instituto de la Judicatura Federal.
- Alvarado Planas, J. (2017). La ilustración y la humanización del Derecho Penal. En: Alvarado Planas, J. y Martorell Linares, M. (coords.). *Historia del delito y del castigo en la Edad Contemporánea* (pp. 19-41). Madrid: Dykinson.
- Arismendiz Anaya, E. (2018). *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico.
- Audre, G. (2011). El principio de legalidad penal: raíz constitucional y su debida aplicación en el proceso de ejecución de las condenas a penas privativas de libertad. *Revista Jurídica Universidad Americana*, (vol. 2), pp. 43-62.
- Belda Pérez-Pedrero (2001). La presunción de inocencia. *Parlamento y Constitución. Anuario*, (5), pp. 179-204.
- Bramont-Arias, L. A. (2017). *La problemática del delito de enriquecimiento ilícito, por Luis Alberto Bramont-Arias*. LP Pasión por el Derecho. Recuperado de: <<https://lpderecho.pe/problematica-delito-enriquecimiento-ilicito-luis-alberto-bramont-arias/>>.
- Caro Coria, D. C. (2002). *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Jurista Editores.

Chanjan, R., Padilla Trinidad, A. y Gonzales, M. (2019). 10 claves para reconocer el delito de enriquecimiento ilícito. *IDEHPUCP*. Recuperado de: <[https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/10-claves-para-reconocer-el-delito-de-enriquecimiento-ilicito/#\\_ftn10](https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/10-claves-para-reconocer-el-delito-de-enriquecimiento-ilicito/#_ftn10)>.

Comex Perú (2022). *Informalidad laboral peruana continúa al alza: ¿cómo nos posicionamos en la región?* Recuperado de: <[https://www.comexperu.org.pe/articulo/informalidad-laboral-peruana-continua-al-alza-como-nos-posicionamos-en-la-region#:~:text=Estos%20resultados%20posicionan%2C%20nuevamente%2C%20al,Nacional%20de%20Hogares%20\(Enaho\)>](https://www.comexperu.org.pe/articulo/informalidad-laboral-peruana-continua-al-alza-como-nos-posicionamos-en-la-region#:~:text=Estos%20resultados%20posicionan%2C%20nuevamente%2C%20al,Nacional%20de%20Hogares%20(Enaho)>)>.

Creus, C. (1981). *Delitos contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Astrea.

De la Vega, A. (s/f.). *El derecho en la modernidad: crítica desde la “exterioridad” latinoamericana*. Recuperado de: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:dNfjAftZLL4J:https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/download/3912/3724/&cd=12&hl=es-419&ct=clnk&gl=py>>.

Demetrio Crespo, E. (2004). Del “Derecho Penal liberal” al “Derecho Penal del enemigo”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (14), pp. 87-116.

Echaíz Ramos, G., Álvarez Rodrich, A. & García Cantizano, M. C. (2008). La presión social y de los medios de comunicación: vulneración del principio de presunción de inocencia y del derecho al honor. *Advocatus*, (18), pp. 445-456.

El Comercio (2016). *Sunarp: testamento, un documento que pocos peruanos escriben*.

Recuperado de: <<https://elcomercio.pe/economia/personal/sunarp-testamento-documento-peruanos-escriben-238193-noticia/>>.

El Peruano (2021). *MEF: elusión y evasión tributaria representa un 8 % del PBI*.

Recuperado de: <<https://elperuano.pe/noticia/135321-mef-elusion-y-evasion-tributaria-representa-un-8-del-pbi>>.

Feuerbach, P. J. A. R. (2022). *Tratado de Derecho Penal común vigente en*

*Alemania*. Zaffaroni, R. E. y Hagemeyer, R. (trads.). (14<sup>a</sup> ed.) (2<sup>a</sup> reimp.).

Buenos Aires: Hammurabi.

Fernández Cruz, J. A. (1998). La naturaleza y contenido del mandato de *lex certa* en

la doctrina del Tribunal Constitucional español. *Revista de Derecho*, (vol.

IX), pp. 141-152). Recuperado de:

<<http://revistas.uach.cl/html/revider/v9n1/body/art06.htm>>.

Fernández López, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel.

Foucault, M. (2006). *Sobre la ilustración*. De la Higuera Espín, J., Bello Reguera, E.

y Campillo Meseguer, A. (trads.). (2<sup>a</sup> ed.). Madrid: Tecnos.

Gálvez Villegas, T. A. (2017). *Delito de enriquecimiento ilícito*. (2<sup>a</sup> ed.). Lima:

Pacífico Editores.

García Cantizano, M. C. (2021). Algunas precisiones sobre los delitos de

enriquecimiento ilícito y lavado de activos. *Ius et Praxis. Revista de la*

*Facultad de Derecho*, (53), pp. 111-124.

- García Pazos, D. (2002). *El derecho constitucional a la presunción de inocencia*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España.
- Hassemer, W. (1991). Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado*, (1), pp. 23-36.
- Hugo Álvarez, J. B. (2007). *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ippolito, D. (2018). *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*. Andrés Ibañez, P. (trad.). Madrid: Trotta.
- Islas Montes, R. (2009). Sobre el principio de legalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Lationamericano*. Año XV, pp. 97-108.
- Jellinek, G. (2017). *La teoría del Estado*. De los Ríos, F. (trad.). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Landa Arroyo, C. (2019). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2008-2018*. (2ª ed.). Lima: Palestra.
- Lascurain Sánchez, J. A. (2000). *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid: Civitas.
- Milanese, P. (s/f.). *El moderno Derecho Penal y la quiebra del principio de intervención mínima*. Recuperado de: [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080526\\_33.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_33.pdf).
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. (2ª ed.). Montevideo-Buenos Aires: B de F.

- Molina, J. (1995). Presunción de inocencia. *Toro Bravo*, (1), pp. 29-30.
- Montañés Pardo, M. A. & Sánchez Tomás, J. M. (2018). La presunción de inocencia. En: Pérez Manzano, M., Borrajo Iniesta, I. & Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (dirs). *Comentarios a la Constitución española* (pp. 840-859). Madrid: Boletín Oficial del Estado - Tribunal Constitucional (España) - Wolters Kluwer.
- Montesquieu (2021). *La separación de poderes. Sobre las leyes que configuran la libertad política, entendida esta en su relación con la Constitución*. Barcelona: Página Indómita.
- Montoya Vivanco, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima: IDEHPUCP.
- Montoya Vivanco, Y. (2020). *Derecho Penal de principios. (Vol. 2). Los principios fundamentales*. Lima: Palestra.
- Moreno Catena, V. M. (2015). Sobre la presunción de inocencia. En: Gómez Colomer, J. L. & Barrientos Pellecer, C. (coords.). *El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer* (pp. 865-894). Barcelona: Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions.
- Nakazaki Servigón, C. A. (s/f.). *Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria*. Recuperado de: <https://www.snakazaki.com/storage/app/uploads/public/595/5c6/59a/5955c659adec5294779167.pdf>.

- Novoa, Y. y Rodríguez, J. (2012). Algunos problemas dogmáticos y probatorios sobre el delito de enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia nacional. En: Montoya Vivanco, Y. (ed.). *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú* (pp. 71-99). Lima: IDEHPUCP.
- Núñez, R. C. (1976). Manual de Derecho Penal. Parte especial. Córdoba: Lerner.
- Olmedo Cardenete, M. D. (2008). ¿Es la Lex Stricta una garantía efectiva en Derecho Penal? En: García Valdés, C., Valle Mariscal de Gante, M., Cuerda Riezu, A. R., Martínez Escamilla, M. y Alcácer Guirao, R. (coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (pp. 583-298). Madrid: Edisofer.
- Páramo y de Santiago, C. (2012). Presunción de inocencia. *CEFLegal: Revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, (138), pp. 163-170.
- Peña Cabrera, R. y Francia Arias, L. (1993). *Delito de enriquecimiento ilícito*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Peña Freire, A. M. (2020). Legalidad y garantismo. Una lectura fulleriana de los principios del Derecho Penal liberal. *Derecho y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, (43), pp. 55-83.
- Plataforma Digital Única del Estado Peruano (s/f.). Delitos contra la Administración Pública (delitos de corrupción). *Gob.pe*. Recuperado de: <<https://www.gob.pe/27151-delitos-contra-la-administracion-publica-delitos-de-corrupcion-enriquecimiento-ilicito>>.
- Prado Saldarriaga, V. (1996). *Todo sobre el Código Penal*. (T. I). Lima: Idemsa.

- Ramirez Zamudio, A. F. & Nolazco Cama, J. L. (2016). *¿Por qué la evasión tributaria es tan alta en Perú? Un análisis experimental*. Recuperado de: <[https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/4945/Ramirez\\_Aldo.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/4945/Ramirez_Aldo.pdf?sequence=3&isAllowed=y)>.
- Reyna Alfaro, L. M. (2020). ¿Qué queda de los principios político-criminales del Código Penal peruano de 1991? A su vez, una crítica al retorno del Derecho Penal de autor en el estado liberal. En: Serrano Maillo, A. & Guzmán Dalbora, J. L. (eds.). *El resurgimiento de la Criminología científica en América Latina: Estudios en homenaje al profesor Ayar Chaparro Guerra con motivo de su 75º cumpleaños (11.4.20)* (pp. 223-250). Madrid: Dykinson.
- Ricra Mayo, H. G. (2021). Retroactividad de la Ley Penal. *Revista de Derecho: Universidad Nacional del Altiplano de Puno*, (vol. 6), pp. 136-153.
- Rojas Rodríguez, H. F. (s/f.). *La subsidiaridad y fragmentariedad del Derecho Penal con respecto al Derecho Administrativo Sancionador*. Recuperado de: <<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/182702/Rojas%20Rodr%C3%ADguez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.
- Rousseau, J. J. (2017). *El contrato social. Colección Clásicos Universales de Formación Política Ciudadana*. Ciudad de México: PRD.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Salinas Siccha, R. (2016). *Delitos contra la Administración Pública*. (4ª ed.). Lima: Iustitia - Grijley.
- San Miguel, N. (2003). Presunción de inocencia. En: San Miguel, N. (coord.). *Cárcel y Derechos Humanos* (pp. 37-44). Madrid: Tercera Prensa.

- Sánchez Gómez, R., Ballesteros Sastre, B. & Pulido Gutiérrez, A. (2018). *Proceso penal, presunción de inocencia y medios de comunicación*. Madrid: Aranzadi.
- Suárez Collía, J. M. (2006). *La retroactividad. Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Terradillos Basoco, J. M. (2014). *Lineamientos metodológicos para la investigación jurídica*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD). Recuperado de: <<http://files.pucp.edu.pe/departamento/derecho/cicaj/2014/05/14214158/lineamientos-investigacion.pdf>>.
- Torres Pachas, D. (2021). Un delito a tomar en cuenta cuando se contratan funcionarios públicos: el enriquecimiento ilícito. *IDEHPUCP*. Recuperado de: <<https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/un-delito-a-tomar-en-cuenta-cuando-se-contratan-funcionarios-publicos-el-enriquecimiento-ilicito/>>.
- Ugaz Sánchez-Moreno, J. & Ugaz Heudebert, F. (2017). *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Valderrama Macera, D. (2021). ¿Qué es la presunción de inocencia? Bien explicado. *LP Pasión por el Derecho*. Recuperado de: <<https://lpderecho.pe/que-es-la-presuncion-de-inocencia-bien-explicado/#:~:text=Art%C3%ADculo%20II.%20Presunci%C3%B3n%20de%20inocencia&text=Toda%20persona%20imputada%20de%20la,mediante%20sentencia%20firme%20debidamente%20motivada>>.
- Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal. Parte general*. Lima: Grijley.

Villavicencio Terreros, F. (2013). *Derecho Penal. Parte general*. (4ª ed.). Lima: Grijley.

Wolkmer, A. (2006). *Introducción al pensamiento crítico*. San Luis de Potosí: UASLP - CEDHSLP - ILSA.

Yon Ruesta, R. & Sánchez Málaga, A. (2005). Presunción de inocencia y Estado de Derecho. *Themis: Revista de Derecho*, (51), pp. 133-149.