

ACERCA DE LOS PROYECTOS DE LEY SOBRE EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

I. LOS PROYECTOS DE LEY

1. En la actualidad se encuentran a estudio de la Comisión de Constitución y legislación de la Cámara de Senadores dos proyectos de ley, uno presentado por el Frente Amplio y otro propuesto por Cabildo Abierto, sobre la incorporación a nuestro Código Penal -art. 159 bis- el delito de enriquecimiento ilícito.

2. El tipo penal propuesto por el Frente Amplio reza:

El funcionario público con obligación legal de presentar declaración jurada de bienes e ingresos, que durante el ejercicio de su función, incluso hasta cinco años después de haber cesado en su desempeño, obtenga, por sí o a través de interpuesta persona, un incremento patrimonial significativo e injustificado en relación a sus ingresos legítimos, será sancionado con una pena de dieciocho meses de prisión a seis años de penitenciaría, multa de 50 UR a 15.000 UR e inhabilitación especial de dos a cinco años.

Con la misma pena será castigada la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento ilícito.

Se entenderá que hubo enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se hubiera incrementado con dinero, bienes muebles o inmuebles u otros valores, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguidas obligaciones que lo afectaban.

La prueba del enriquecimiento a que se refiere este artículo será de cargo de la Fiscalía debiendo intimar al imputado la justificación y prueba razonable de su procedencia sin perjuicio de los demás medios de prueba disponibles.

3. La propuesta de Cabildo Abierto estipula:

El funcionario público comprendido en la obligación de declarar bajo juramento sus bienes e ingresos según lo disponen las leyes No. 17.060 con las modificaciones impuestas por la ley No. 19.797, que durante el ejercicio de sus funciones y hasta dentro de los cinco años posteriores a su cese, incremente por sí o por interpósita persona, física o jurídica, su patrimonio en forma significativa e injustificada en relación a sus ingresos legítimos, y que debida y legalmente intimado por la autoridad judicial competente no pudiere justificar el origen de los fondos que acrediten dicho incremento, será sancionado

con la pena de 20 meses de prisión a 6 años de penitenciaría, con una multa de 500 a 10.000 UR y con una inhabilitación de cinco a diez años, sin perjuicio de las incautaciones y confiscaciones de bienes y activos que correspondan de conformidad con la normativa vigente.

Se considerará incremento significativo, todo aumento en el patrimonio que supere el treinta por ciento del declarado bajo juramento al asumir el ejercicio de su función pública, así como la cancelación de deudas o extinción de obligaciones por el mismo porcentaje.

El enriquecimiento ilícito se presume cuando se omitiere la presentación de la ampliación de la declaración jurada prevista por el art. 12 de la ley No. 17.060.

4. Sin perjuicio de los tipos penales proyectados, ambos proyectos disponen una agravante especial (Frente Amplio) y un agregado a la normativa administrativa (Cabildo Abierto).

II. COMENTARIOS

5. **Potestad facultativa de legislar**: Si bien la necesidad de tipificar el delito de enriquecimiento ilícito viene impuesta por los compromisos asumidos por el país al refrendar las diversas Convenciones sobre corrupción ratificadas por el Estado uruguayo, huelga señalar que dicha imposición es de cumplimiento facultativo y no obligatorio para nuestro país es función de lo previsto en el art. 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003) expresa que *Con sujeción a la Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sea necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.*

Lo señalado contradice con la afirmación expresada en la exposición de motivos expuestos en el proyecto presentado por Cabildo Abierto en cuanto a que el Estado uruguayo está obligado (“imposición”), ya que como bien se lea, nuestro país esta facultado a tipificar el delito en estudio, lo que surge de la

expresión contenida en el texto de la convención “cada Estado Parte considerará...”.

6. **Violación del principio de legalidad:** En primer lugar, existe una indeterminación en la norma en relación a cuál sería la conducta prohibida, ya que *enriquecerse* no es un comportamiento, sino que es el resultado de la comparación patrimonial en un momento determinado y el estado patrimonial en otro momento determinado. Como bien lo dice Sancinetti: esto constituye, naturalmente, un “hecho jurídico” en el sentido del Código Civil, pero no un “hecho” en el sentido del Derecho penal de acto (acción u omisión punibles), porque el incremento patrimonial puede producirse sin ninguna conducta” (MARCELO SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público -at. 268,2 C.P., Ad - Hoc*, Buenos Aires, 2004, pp. 27-28).

Además, si el enriquecimiento patrimonial apreciable puede estar o no justificado, y sólo en este último caso la conducta penalmente relevante, pareciera que el núcleo de lo prohibido se centra, más que en el incremento patrimonial apreciable, en el verbo “justificar”. Y esa justificación o su omisión no puede depender de un dato objetivo de la realidad, como sería la comparación del patrimonio de la persona con sus ingresos legítimos durante el desempeño como funcionario, sino que debe provenir de una conducta concreta en tanto antecedente necesario de un reproche penal (Cfr. GABRIEL MARNICH. *Análisis constitucional del artículo 268 (2) del Código Penal a la luz del caso “Alsogaray”*, Estudios sobre Jurisprudencia 2018, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, Buenos Aires).

7. **Violación del Principio de Inocencia: Inversión de la carga de la prueba:** los tipos penales proyectados resultan inconstitucionales a la luz de los valores y principios que, desde el bloque de constitucional, impregnan a nuestro sistema jurídico.

La estructura típica de los artículos proyectados no solo no respeta el principio de legalidad y el principio de acto, también viola de forma flagrante el principio de inocencia y desconoce el principio de *nemo tenetur*. Este último entendido como la prohibición de declarar contra sí mismo; conjunto de pilares

del sistema constitucional penal de un Estado de Derecho (arts. 12, 18, 20 y 72 Constitución y arts. 8 y 9 Convención Americana de Derechos Humanos).

Sin perjuicio de lo expresado, los proyectados tipos penales vulneran garantías constitucionales como el debido proceso, la defensa en juicio y el estado de inocencia en cuanto ponen en cabeza del imputado la obligación procesal de probar el origen legal de su enriquecimiento, o cuando menos que su condición es extraña a la función desempeñada, con lo que la incriminación parte así de una presunción de culpabilidad (Vide JULIO CHIAPPINI, *El delito de no justificación de enriquecimiento -artículo 268 (2) del Código Penal*, La ley, Buenos Aires, 1936, C-851).

Lo expresado precedentemente exhibe con claridad el carácter inconstitucional de los delitos proyectados.

Si será prístina su inconstitucionalidad, que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica declaró inconstitucional dicho tipo penal consagrado en el art. 26 de la ley N. 6872 mediante la acción de inconstitucionalidad No. 842-9-90 en base a la vulneración de normas de la Constitución Costarricense, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención Americana de Derechos Humanos, tachando dicha norma de irrazonable, arbitraria y desproporcionada.

La flagrante inconstitucionalidad llevó a que tanto Canadá como Estados Unidos hicieran sus reservas para la incorporación del delito de enriquecimiento ilícito establecido en la Convención Americana contra la corrupción en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

8. **Norma subsidiaria**: De acuerdo con la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito desarrolladas en ambos proyectos a estudio, éste carece de la descripción de la 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 públicos quedaran impunes por problemas de probanzas.

La doctrina penal establece que el fundamento de este delito es la prevención de la impunidad derivada de dificultades probatorias respecto de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios (Cfr. SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1978, p. 205; JORGE BUOMPADRE, *Delitos contra la administración pública*, Mave editor, Buenos Aires, 2001, p. 339; EDGARDO DONNA, *Delitos contra la administración pública*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 392; MARCELO SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público -at. 268,2 C.P., Ad - Hoc*, Buenos Aires, 2000, pp. 17-18).

Es decir, dicho tipo penal propuesto es subsidiario, ya que el mismo opera por falta de prueba sobre la ocurrencia de un delito previo contra la Administración Pública, invirtiendo –en busca de su punibilidad– la carga de la prueba que pertenece al órgano acusador, violentando de esa forma el principio de inocencia de raigambre constitucional y de los demás instrumentos de protección de los Derechos Humanos. Ello conlleva claramente que dicha norma incriminadora sea absolutamente contraria a la Carta Magna.

9. **Conclusión:** A nuestro juicio, las normas proyectadas se dan de bruces con la Constitución por los fundamentos reseñados *ut supra*.

III. PROPUESTA LEGISLATIVA ALTERNATIVA

10. A efectos de acompasar la normativa jurídico-penal uruguaya con las recomendaciones internacionales –pese a no ser obligatorio ello– de tipificar el delito de enriquecimiento ilícito sin violentar los principios de inocencia, de no invertir la carga de la prueba, de no presumir la culpabilidad ni abreviar en un rechazable Derecho Penal de autor (en vez del correcto de actos) y de respetar el derecho a no auto incriminarse, siendo respetuosos de la Constitución y apegados a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, se sugiere la siguiente redacción:

ART. 159 BIS *Enriquecimiento ilícito:*

El funcionario público con la obligación legal de presentar declaración jurada de bienes e ingresos que, para beneficio propio o de terceros y durante el ejercicio de su cargo,

incluso hasta dos años después de haber cesado en su desempeño, obtenga indebidamente a través de su función o por la administración ilícita de fondos públicos, por sí o por interpuesta persona, un incremento patrimonial significativo e injustificado en relación a sus ingresos legítimos, será sancionado con una pena de 18 meses a 6 años de penitenciaría, multa de 50 UR a 15.000 UR e inhabilitación de 2 a 5 años.

11. Corresponde señalar que no se tipifica como delito autónomo la participación de terceros en la realización del delito (como lo establece el proyecto del Frente Amplio), ya que no es necesario, porque dicho partícipe queda atrapado por las normas referidas a la participación criminal previstas en los arts. 59 a 64 del Código Penal.

12. Asimismo, esta estructura típica le brinda autonomía a dicho delito, ya que para que se consume el delito de enriquecimiento ilícito no se requerirá la formalización o sentencia de condena del delito necesario como elemento normativo del tipo penal objetivo (al igual que el delito de lavado de dinero), sino solamente la existencia de un ejercicio indebido de la función o el manejo ilícito de fondos públicos para el cumplimiento de ese elemento típico.

Sin otro particular, saludamos a los Sres. integrantes de la Comisión de Constitución, Legislación y Códigos del Senado, quedando a su grata disposición.



Prof. Tit. Dr. Germán Aller
Director del Instituto de D. Penal y Criminología



Prof. Adj. Dr. Eduardo M. Domínguez
Secretario del Instituto de D. Penal y Criminología