



Revista

ISSN 2007-4700

Temal

MÉXICO

Número 7 • Febrero 2015

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

Pablo Andrés Rojas Pichler

Universidad de Salamanca

RESUMEN: *El delito de enriquecimiento ilícito es en la actualidad una importante herramienta jurídico-penal de combate contra la corrupción. Sin embargo, esta figura penal ha sido objeto de un arduo análisis por parte de la doctrina que no ha tardado en presentar un fuerte rechazo a este planteamiento político criminal debido a su controvertida constitucionalidad. A pesar de ello, el delito de enriquecimiento ilícito ha adquirido una dimensión internacional sin precedentes, puesto que ha sido previsto e impulsado en varios convenios internacionales sobre corrupción, bajo la condición de que fuese acompañada de una cláusula de salvaguarda que subordina su tipificación en la legislación penal de los Estados, a que el mismo se adecue a la Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. Este trabajo examina los elementos con los cuales los principales convenios internacionales sobre corrupción definen y caracterizan al delito de enriquecimiento ilícito, como también el contenido y efectos de la cláusula de salvaguarda que tiene adherida.*

PALABRAS CLAVE: *Corrupción, política criminal internacional, enriquecimiento ilícito, cláusula de salvaguarda, Convención Interamericana contra la Corrupción, Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la Corrupción, Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.*

ABSTRACT: *The unlawful enrichment crime is in current days a relevant legal and juridical tool to fight against corruption. Although, this kind of crime has acquired an unprecedented international dimension because has been considered and prompted in many international conventions against corruption, accompanied by a safeguard clause that subordinate the crime specification in criminal law to its conforms to the Constitution and the fundamental principles of its juridical system. This paper analyzed the mainly topics used by the international conventions to define and characterized the unlawful enrichment crime, as the content and effects of the safeguard clause attached.*

KEY WORDS: *Corruption, international criminal policy, unlawful enrichment, safeguard clause, Interamerican Convention against Corruption, African Union Convention to Prevent and Fight Corruption, United Nations Convention against Corruption.*

SUMARIO: *1. Los incrementos patrimoniales injustificados en la función pública y su respuesta jurídico-internacional 2. Principales documentos internacionales en materia de corrupción que incluyen al delito de enriquecimiento ilícito. 3. La cláusula de salvaguarda y su procedimiento de aplicación. 4. Estado actual sobre la aplicación del delito de enriquecimiento ilícito por los Estados contratantes de los convenios internacionales contra la corrupción. 5. Conclusiones.*

1. Los incrementos patrimoniales injustificados en la función pública y su respuesta jurídico-internacional

Antes de la década de los noventa del siglo pasado si una persona era preguntada acerca de si la corrupción debía ser combatida por medio de herramientas internacionales, ella misma o a lo mejor su propio gobierno nos daría una respuesta negativa, quizás alegando la expresión popular “los trapos sucios se deben lavar en casa”. Existían en aquellos tiempos muchas voces que argumentaban que se trataba solamente de un tema del ámbito exclusivo, restringido e interno de cada uno de los países y que no había campo para la acción internacional en la materia.¹ La inflación, la confusión económica y la necesidad de combatir el terrorismo habían oscurecido a la corrupción, pero este fenómeno siempre estuvo presente en la sociedad. Después de terminada la guerra fría y la disminución del terrorismo local (porque desde entonces se incrementó el terrorismo internacional), los ciudadanos de todos los países del mundo se dieron cuenta del peligro que ocasionaba la corrupción a sus respectivos modos de vida, más aún, en aquellos que sufrían pobreza y limitaciones. Poco a poco se fue evidenciando que las consecuencias de este fenómeno tenían repercusiones más allá del ámbito nacional, puesto que debilitaba las estructuras de los Estados y sus bases democráticas, lo que ocasionaba un efecto en cadena que iba de continente a continente hasta el punto en que llegó a globalizarse.

La globalización ha hecho que los mercados, la prestación de servicios y los bienes se hayan incrementado, lo que ha traído efectos positivos como mayores cotas de bienestar e igualdad en ciertos países, pero también otros muchos negativos. En un mundo altamente globalizado la interacción de personas, empresas, instituciones y Estados crece de manera rá-

pidamente, generando condiciones extraordinarias para la aparición y desarrollo de comportamientos irregulares y sistemas de corrupción pública.

Estas condiciones fueron muy bien aprovechadas por personas vinculadas a actividades criminales, lo que hizo posible en gran medida que la corrupción haya adquirido contornos a nivel internacional. En ese sentido, se ha pronunciado la ONU al sostener que en el contexto de la globalización, los delincuentes sacan partido de la fácil circulación de capitales, de los adelantos de la tecnología y del aumento de la movilidad de las personas y los productos, así como de la considerable diversidad de las disposiciones jurídicas de las diferentes jurisdicciones.² De esta manera, se ha evidenciado que en ambos niveles, tanto en el nacional como en el internacional, la lucha contra la corrupción ha adquirido prioridad con el consecuente esfuerzo de los Estados del mundo por concretar directrices colectivas que prevengan la delincuencia y favorezcan la transparencia y el Estado de Derecho.

La aparición de grandes casos de corrupción dentro de los gobiernos y la correspondiente expansión mundial de este fenómeno,³ fueron algunas de las razones que sensibilizaron a la comunidad internacional a afrontar el problema mediante la adopción a nivel global de directrices coordinadas y planificadas, con el fin de crear una cultura de rechazo ante las prácticas corruptas y fomentar la implementación de medidas preventivas.⁴ En efecto, sostiene Manfroni que la comunidad internacional tiene el deber moral de intervenir en aquellas materias que resultan demasiado graves y sensibles a los gobernantes como para sospechar que ellos no tendrán las fuerzas suficientes como para dar garantías de paz, integridad y respeto a su propio pueblo o a los pueblos vencidos.⁵

Los cambios culturales, ideológicos, políticos y económicos acontecidos en los últimos tiempos produjeron una metamorfosis en las finalidades del

¹ Carlos Manfroni, *The Inter-American convention against corruption*, Lexington Books, año 2003, p. 1; Juan Lozano, Valeria Merino Dinari, *La hora de la transparencia en América Latina*, Transparencia Internacional Latinoamérica y el Caribe, Berlín, 1998, p. 209; Susan Rose-Ackerman, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Madrid, Siglo XXI, 2001, p. 243.

² *Gula legislativa para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Nueva York, 2004, p. 41.

³ Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Ana Isabel Pérez Cepeda, “El Derecho penal en el ámbito internacional (Lección 6)”, en Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, t. I, Madrid, Justel, 2010, p. 163. “Junto a la delincuencia organizada, debe mencionarse a la corrupción política y de funcionarios, como un tipo de delincuencia específica de la globalización que cobra especial importancia. El éxito de toda esta macrocriminalidad internacional es difícilmente imaginable al margen de las burocracias administrativas estatales y, por ello, sin la cooperación de funcionarios y agentes estatales”.

⁴ Antonio Núñez García-Sauco, *La convención de naciones unidas contra la corrupción*, en Nicolás Rodríguez García, Eduardo Fabián Caparrós (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado*, Salamanca, Ratio Legis, 2004, p. 13.

⁵ Carlos Manfroni, *Soborno transnacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 26.

Derecho penal que ahora se preocupa por crear mecanismos que se encargan de prevenir los peligros creados por determinados sectores de riesgo.⁶ En el caso de la corrupción, las nuevas políticas criminales tienden a crear desde el punto de vista nacional e internacional iniciativas legales que tratan de controlar y disciplinar no sólo al sujeto principal que participa en los actos de corrupción pública (funcionario público), sino también al espacio de peligro generado por el colectivo referido. El gran efecto negativo de este fenómeno es que ha ocasionado que la función pública se haya convertido en un sector de riesgo como consecuencia de las constantes conductas desviadas de los funcionarios públicos que ponen en peligro los bienes e intereses materiales que prestan los poderes del Estado a la sociedad.

El primer país en sancionar una ley interna contra la corrupción ha sido los Estados Unidos de Norteamérica a través de su famosa Foreign Corrupt Practices Act de 1977. A partir del año 1994 los instrumentos internacionales contra la corrupción fueron en aumento, impulsados desde varias regiones del globo que complementaban las legislaciones nacionales con un sinnúmero de políticas y medidas de carácter global, con el fin de armonizar los respectivos sistemas jurídicos internos. Este drástico cambio de actitud con respecto al fenómeno de la corrupción pública ha tenido como uno de sus motivos el interés por descubrir y recuperar los fondos económicos obtenidos ilícitamente por funcionarios públicos corruptos.

Es importante destacar que estos sujetos, al mismo tiempo de formar parte y ostentar una función dentro del Estado, participan y actúan en el tráfico económico de un país resultando de evidente importancia para el correcto funcionamiento del orden socioeconómico, la confianza y la transparencia de un Estado, que los bienes y capitales que circulan por el patrimonio de estas personas sean de carácter lícito y de acuerdo a sus posibilidades económicas. Es práctica común que las organizaciones criminales recurran frecuentemente a la utilización de funcionarios públicos en sus

operaciones ilícitas, ya que a través de ellos reducen sus riesgos, aumentan sus ganancias y tienen menos probabilidades de ser descubiertos, o también porque éstos tienen la posibilidad de obstruir procesos judiciales, de intimidar testigos y víctimas o interferir en los procesos de cooperación internacional. De esta forma, se demuestra la íntima relación que existe entre el blanqueo de capitales y las redes de corrupción.

Una de las consecuencias que más representa a los actos de corrupción realizados por funcionarios públicos es la transferencia de activos que afectan sus patrimonios. Por “transferencia” puede entenderse como el paso o conducción de una cosa de un punto a otro, y de un modo más cercano a nuestro objeto de estudio, como remisión de fondos de una cuenta a otra, sea de la misma persona o diferentes. Estas transferencias, aparte de suponer un aumento patrimonial apreciable y repentino, posibilitan al funcionario la adquisición, utilización o administración de bienes que antes no poseía, que luego pueden ser convertidos en otros objetos o negocios jurídicos, todo ello, con el fin de dar apariencia legítima a esos bienes de origen criminal.

Como es lógico, estas conductas no podrían llevarse a cabo sin la participación de los sistemas legales, puesto que los funcionarios corruptos se benefician de las herramientas jurídicas previstas en los ordenamientos jurídicos, y de esta manera consiguen ocultar el origen ilícito de los bienes que entran a su patrimonio, encubriendo así a otras personas que han participado en la comisión de delitos previos o dejan impunes las consecuencias de sus propios actos ilícitos. Estas circunstancias han coadyuvado a dificultar el descubrimiento del carácter ilícito de los capitales provenientes de los actos de corrupción y a tornar ineficaces las políticas internas de los Estado sobre la material.⁷

Ante esta situación, los organismos supranacionales preocupados por las consecuencias indeseables que producen las constantes transferencias de activos de origen ilícito, tomaron conciencia sobre sus efec-

⁶ Guillermo Portilla Contreras, *El Derecho penal entre el cosmopolismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 36.

⁷ El Secretario de la ONU en el año 2001 señaló que las adquisiciones o transferencias de fondos obtenidos ilícitamente de prácticas corruptas realizadas por funcionarios públicos, especialmente aquellos de alta jerarquía gubernamental, ocasionan a los Estados problemas particularmente inquietantes que afectan a sus políticas en esta materia al comprender habitualmente: *a)* inmensas cantidades de riqueza que representan una proporción comparativamente grande de los recursos del país víctima, *b)* la transferencia de riquezas dentro o fuera del país, *c)* un alto nivel de incertidumbre fáctica respecto de los países y las cuentas donde está depositada la riqueza transferida ilícitamente y *d)* la imposibilidad de identificar correctamente al beneficiario o legítimos titulares de esos activos. Véase Informe E/CN.15/2001/3 del Secretario General de la ONU de fecha 2 de abril, apartado 194.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

tos y se propusieron a crear instrumentos jurídicos a nivel internacional que contemplen medidas tendientes a prevenir, detectar y perseguir estos actos y activos ilícitos, como también a sus infractores. Por impulso de la ONU se adoptó en el año 2003 la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante CNUCC) cuyo preámbulo expresa que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, requiriéndose un enfoque amplio y multidisciplinario para su prevención y combate. La política criminal de este convenio está dirigida en gran medida a perseguir los bienes obtenidos ilícitamente a través de los actos de corrupción, y entre sus medidas se encuentra la tipificación del blanqueo de capitales, siendo conocido este hecho como el proceso o conjunto de operaciones mediante el cual se intenta ocultar el origen ilícito de bienes o dinero resultante de actividades delictivas, con el fin de integrarlos en el sistema económico y financiero, y así darles una apariencia lícita.⁸

Estas operaciones de ocultamiento se desarrollan en el contexto de cualquier delito, pero asumen especial importancia en el tráfico ilícito de armas y drogas, en el contrabando y en la corrupción pública, ya que posibilitan a las organizaciones criminales la obtención de grandes sumas de dinero que luego son utilizadas en la consecución de sus fines sin despertar sospechas sobre su origen ilícito.

No obstante, la CNUCC contempla de igual forma que la Convención Interamericana contra la Corrupción (en adelante CIACC) otra conducta penal que persigue la obtención de bienes ilícitos derivados de actividades criminales, cuyo campo de aplicación se circunscribe de forma más específica al ámbito de la corrupción pública: el *delito de enriquecimiento ilícito*. La especialidad de esta figura criminal radica en que tiene como sujeto activo a un funcionario público que es tentado a corromperse por otros sujetos u organizaciones criminales, o es el mismo funciona-

rio quien se corrompe en atención a unos intereses particulares que hacen que se desvíe de los deberes y obligaciones legales de su cargo público. Este rasgo hace que el enriquecimiento ilícito se diferencie de otras figuras que persiguen la propiedad, tenencia, transferencia y ocultación de activos ilícitos, ya que éstas no reducen su ámbito de aplicación a un grupo de posibles sujetos especiales (funcionarios públicos), sino que se extiende a cualquier sujeto posible o grupo organizado criminal. Este delito castiga a *todo funcionario público que no puede justificar los excesivos incrementos producidos en su patrimonio por la adquisición de bienes o introducción de activos que no guardan una relación económica razonable con sus ingresos legítimos*.

Al igual que en el blanqueo de capitales, los actos patrimoniales realizados por el sujeto activo no pueden ser considerados *per se* hechos ilícitos en atención a que utiliza instrumentos legales y al sistema económico para realizar sus movimientos de capitales, por lo que la ilicitud de este comportamiento descansa en la *incapacidad financiera para poder afrontar el valor de los bienes adquiridos, es decir, en la imposibilidad de justificar la introducción de capitales a su patrimonio de acuerdo a la capacidad económica que le permite los ingresos legales que ha afirmado tener en su declaración jurada de bienes y rentas*. Al no poder el funcionario público explicar razonablemente el origen lícito de los bienes que posee y que escapan de su realidad económica, surge la sospecha que tales bienes pudieron ser obtenidos a través de fuentes económicas provenientes de algún delito funcional cometido previamente,⁹ sin que resulte fácil determinar la comisión de un delito en concreto.

Se deduce fácilmente que la ilicitud del hecho no recae en las conductas que ocasionan el incremento patrimonial, sino en la falta de pruebas sobre el origen lícito de los bienes que constituyen dicho enriquecimiento. Esta circunstancia nos demuestra que esta conducta penal contiene una *presunción de*

⁸ Julio Díaz-Maroto y Villarejo, "Recepción de las propuestas del GAFI y de las directivas europeas sobre el blanqueo de capitales en el Derecho español", en Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo (coords.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, 2009, p. 23; Eduardo Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Codex, 1998, p. 76.

⁹ Al analizarse las posibles conductas corruptas en el quehacer casuístico, siempre salta a la vista el dato característico de un enriquecimiento patrimonial indebido del funcionario público. Esto coincide con la definición de corrupción que hemos propuesto en este trabajo, siendo la expectativa de obtener un beneficio económico indebido el motivo que lleva al funcionario a quebrantar sus deberes funcionales. En ese sentido, Nieto sostiene que las prácticas corruptas comportan normalmente un enriquecimiento patrimonial, o bien del sujeto que desde su posición de poder toma decisiones administrativas, o bien de alguna organización a la que pertenece (partido político) o con la que mantiene relaciones (empresa) el funcionario o autoridad (Alejandro Nieto, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 87).

ilegalidad sobre la procedencia de los bienes cuya desvirtuación es una carga que corresponde exclusivamente al funcionario público, afirmación que se sustenta por el simple hecho de que si logra probar el origen lícito de los bienes que incrementan su acervo patrimonial, su conducta sería atípica a efectos del tipo penal de enriquecimiento ilícito, sin perjuicio de que pueda ser considerada ilícita por otros medios de control formal.

Los redactores de los convenios internacionales sobre corrupción, al igual que los legisladores nacionales, han tenido que recurrir a la utilización de presunciones legales debido a que en muchos casos de corrupción es difícil establecer una relación causal entre los bienes excesivos que posee un funcionario y un determinado delito cometido por él en el ejercicio de su cargo,¹⁰ que determinaría la ilicitud de esos bienes. De esta manera, la respuesta penal que se ha dado a la exhibición impune de riquezas de origen inexplicable por los miembros de la función pública consiste en presumir delitos no conocidos o probados cuando se acreditan en el funcionario dos hechos concretos: *la excesiva desproporción entre el enriquecimiento de su patrimonio y sus ingresos legales, y la falta de una explicación razonable sobre el origen lícito de ese enriquecimiento*. Tal como expresa Quintero Olivares, la equiparación entre lo inexplicable y lo delictivo es tenida como la única manera no ingenua de afrontar la lucha contra la criminalidad de nuestro tiempo.¹¹

Para comprender este delito cabe señalar que sería el resultado de dos hechos delictivos entrelazados, un hecho anterior, con el cual el sujeto obtiene capitales indebidos y supone un acto de corrupción enmarcado

en cualquiera de los delitos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, pero que no puede ser descubierto; y otro posterior, con el que el sujeto introduce esas rentas ilícitas a su patrimonio, bien sea tal como las recibió, o bien transformándolas en bienes de diversa índole.¹² La imposibilidad de descubrimiento y persecución judicial del hecho generador de la riqueza ilícita es otro rasgo trascendental del enriquecimiento ilícito que lo diferencia del blanqueo de capitales, puesto que en éste último es necesario si no existe un sentencia firme que acredite un determinado delito previo, por lo menos la prueba circunstancial e indiciaria que haga inferir su existencia. Por lo tanto, en el enriquecimiento ilícito *el hecho previo es siempre indeterminado*.

Asimismo, la CNUCC demuestra claramente la necesidad de que este delito tenga un tratamiento a nivel global como importante herramienta jurídica contra la corrupción, no sólo al incluirlo en el art. 20 como medida represiva a ser tipificada por los países signatarios, sino también al establecer en su preámbulo de que los países parte están convencidos de que el enriquecimiento personal ilícito de los funcionarios puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley. Sin embargo, tal como menciona Blanco Cordero, el problema fundamental que plantea el delito de enriquecimiento ilícito es su compatibilidad con las normas de derechos humanos por vulnerar la presunción de inocencia al invertir la carga de la prueba en contra del funcionario, que es quien debe probar que los bienes que posee tienen un origen lícito, pues si no lo hace resulta sancionado penalmente.¹³

¹⁰ Señala Quintero Olivares que la relación causal entre bienes o provechos obtenidos y una actividad delictiva, precisa que el actor obtenga algo que no tenía antes del delito y que es valioso en términos de dinero, que efectivamente produce un incremento del patrimonio material de sus autores o partícipes. De esta manera, para establecer la ilicitud de unos bienes o provechos, no es tan importante elaborar una lista de los provechos obtenidos —dinero, joyas, casas, coches, barcos, etc.—, sino situar la obtención en una relación causal con un suceso delictivo (Gonzalo Quintero Olivares, *El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 698, 2006, p. 5).

¹¹ Gonzalo Quintero Olivares, “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-r, 2012, p. 4.

¹² Una vez cometidos los hechos de corrupción el funcionario se encuentra con una gran cantidad de dinero, pero a diferencia de las organizaciones criminales, éste no tiene la infraestructura necesaria para realizar el complicado proceso que constituye el lavado de activos. La acumulación de papel moneda confiere un gran problema al funcionario ya que sólo puede gastarlo en transacciones económicas de poca cuantía sin que levante sospechas sobre su procedencia ilícita. De ahí que la única solución que posee el funcionario corrupto es transformar dichos fondos ilícitos en otros activos más cómodos que luego serán introducidos en su patrimonio o en los de sus allegados, gracias a los mecanismos que le ofrece el sistema jurídico. En este sentido, véanse: Demelsa Benito Sánchez, “Iniciativas internacionales en la lucha contra el blanqueo”, en Nicolás Rodríguez García, Eduardo Fabián Caparrós (coords.), *Corrupción y delincuencia económica*, Bogotá, Ibáñez, 2008, p. 298.

¹³ Isidoro Blanco Cordero, “Armonización-aproximación de las legislaciones en la unión europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito”, en Coral Arangüena Fanego (dir.) *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*, Valladolid, Nova, 2010, p. 369.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

La propia convención ha sido consciente de la posibilidad de que este delito pueda no ajustarse a los principios constitucionales y democráticos de los respectivos países, de ahí que haya sido previsto en una norma de aplicación condicionada —es decir, no obligatoria directamente al momento de su ratificación— por una *cláusula de salvaguarda* que expresa que cada Estado de acuerdo a su Constitución y a los principios fundamentales que rigen su ordenamiento jurídico, considerará la posibilidad de tipificar al enriquecimiento ilícito como delito. Esta circunstancia había sido considerada con anterioridad por la CICC, incluyendo esta misma cláusula condicional al acto de corrupción de enriquecimiento ilícito previsto en el art. IX del citado cuerpo normativo, a los efectos de que cada Estado latinoamericano ratificante considere previamente si esta figura se adecua a su Constitución y a los principios que rigen su ordenamiento jurídico antes de ser tipificada en su legislación penal.

A pesar de las posibles incompatibilidades constitucionales que pudiera acarrear, el delito de enriquecimiento ilícito ha tenido una notable fama en los países latinoamericanos, siendo algunos de ellos los verdaderos impulsores de su proyección e inclusión en las CICC y CNUCC. De hecho, muchos de estos países ya tenían tipificado este delito en sus ordenamientos penales mucho tiempo antes de la sanción de los citados instrumentos internacionales, como Paraguay (1940), El Salvador (1959), Argentina (1964), Perú (1981), Colombia (1984), entre otros. Lo cierto es que este delito ha perdurado en el tiempo y actualmente es una herramienta jurídica relevante contra la corrupción, hasta algunos países han referenciado en sus constituciones al enriquecimiento injustificado de los funcionarios públicos,¹⁴ tanto para legitimar toda disposición que tenga por fin prevenir este hecho como también para ocultar o alivianar las duras críticas que recibe por parte de la doctrina acerca de su constitucionalidad.¹⁵

2. Principales documentos internacionales en materia de corrupción que incluyen al delito de enriquecimiento ilícito

2.1. Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)

En el contexto latinoamericano la CICC constituye el primer tratado internacional vinculante en la historia en materia de corrupción y el primero en contemplar al delito de enriquecimiento ilícito como mecanismo preventivo contra este fenómeno.¹⁶ Este documento jurídico internacional fue elaborado a instancias de la Organización de Estados Americanos (OEA) y aprobada el 29 de marzo de 1996 en la ciudad de Caracas (Venezuela), siendo firmado por 23 Estados miembros, aunque abierta a otros países ajenos a la organización.

Es tanta la importancia que ha recibido este instrumento jurídico que gracias al interés y apoyo por parte de los Estados y gobiernos de la región americana ha ejercido una notable influencia en la posterior adaptación de acuerdos internacionales sobre la materia. Partiendo del hecho de que América Latina históricamente ha sido un espacio geográfico que ha funcionado como caldo de cultivo fértil para las prácticas corruptas,¹⁷ los Estados de la región reconocieron que la corrupción no es un problema interno de cada gobierno, sino que es un problema de trascendencia internacional cuya erradicación o disminución debería realizarse mediante acciones conjuntas y colectivas. Este anhelo de los pueblos latinoamericanos hizo posible la negociación y adopción del citado tratado mediante el cual el conjunto de Estados de la OEA asumieron el compromiso político y jurídico de enfrentar el flagelo de la corrupción y prestarse la más amplia asistencia mutua, lo que constituyó todo un hito en ese campo.¹⁸ Así, el preámbulo de la CICC consagra que los Estados suscriptores tomarán todas

¹⁴ Las constituciones de Argentina (art. 36), Colombia (art. 34), El Salvador (art. 240) y México (art. 109) incluyen disposiciones que hacen referencia a los incrementos patrimoniales indebidos de los funcionarios públicos.

¹⁵ María Fernanda Saumell, Néstor Jesús Conti, “El delito de enriquecimiento ilícito y una profusa violación a las garantías y principios constitucionales”, en Juan Alberto Ferrera (dir.), *Temas de Derecho penal argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 802.

¹⁶ *Talleres de divulgación e implementación de la convención interamericana contra la corrupción*, Universidad Pontificia Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 1999, p. 22. Para Huber una de las particularidades de la CICC es que este convenio va más allá del acuerdo básico sobre la punibilidad del cohecho pues incluye el enriquecimiento ilegítimo que consiste en un aumento repentino de los bienes de un funcionario cuya procedencia no puede aclarar y que por ello es punible (Bárbara Huber, “La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional”, *Revista Penal*, núm. 11, 2003, p. 42).

¹⁷ Daniel Mendonca, *Un estudio sobre la corrupción en el Paraguay*, Asunción, Continental, 2005, p. 9.

¹⁸ César Gaviria, *La OEA. 1994-2004. Una década de transformación*, OEA, Washington, 2004, p. 169.

las medidas necesarias y apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados a su ejercicio, así como a los bienes productos de dichos ilícitos.

El valor indiscutible de la convención radica en que recoge un importante listado de medidas preventivas de carácter no penal dirigidas a los funcionarios para el correcto desempeño de sus cargos públicos entre las que se destacan normas de conducta funcionariales, declaraciones patrimoniales de bienes y rentas, sistemas de contratación de bienes y servicios, controles contables; y por otro lado, se centra fundamentalmente en la definición uniforme de los actos de corrupción en la medida de lo posible con criterios claros, todo ello, para la persecución efectiva de estos hechos. Sin embargo, la corrupción contemplada en la CICC es exclusivamente aquella que tiene lugar en la función pública, es decir, se enfoca a la corrupción pública, no abordando la corrupción en el sector privado.¹⁹

En cuanto a su estructura, la convención consta de 28 artículos, además de un preámbulo. Tales artículos no se encuentran divididos en títulos, capítulos o secciones, por lo que cualquier clasificación de sus normas no tiene su origen en el texto. Según Lagos, en el cuerpo normativo de la convención pueden distinguirse: *a*) normas dirigidas al plano interno (medidas preventivas, art. III), *b*) aquellas que tienen un carácter obligatorio o facultativo (actos de corrupción, arts. VI al IX), *c*) las que rigen para el ámbito multilateral (arts. XIV al XVI), y *d*) incluso podría añadirse una categoría adicional para las disposiciones destinadas a promover el desarrollo progresivo concebidas como un mecanismo de perfeccionamiento continuo de los compromisos adoptados (art. XI).²⁰

2.1.1. El delito de enriquecimiento ilícito en la CICC, Art. IX

El art. IX de la CICC contempla como acto de corrupción al delito de enriquecimiento ilícito expresando:

Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados partes

que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

La inclusión de esta figura penal a la convención fue propuesta por el representante del Estado argentino y apoyada por varios representantes como los de Perú, Venezuela, México y Colombia, pero encontró resistencia en los países de tendencia anglosajona cuyos representantes sostenían que este delito podría tener problemas de constitucionalidad. En un principio la propuesta que obtuvo más adeptos fue la de Colombia, que definía al enriquecimiento ilícito como “el incremento injustificado obtenido por una persona que ejerce una función pública, por razón de su posición o cargo, y en detrimento del patrimonio del Estado”. Sin embargo, fue rechazada debido a los problemas que podía generar la prueba del detrimento patrimonial del Estado, puesto que un funcionario no siempre tiene a su disposición fondos públicos y además puede enriquecerse personalmente a través de actividades que no se relacionan con su cargo público.²¹ Después de varias conversaciones fuera de las discusiones generales se llegó a un acuerdo con los países de tendencia anglosajona, aceptándose el cuestionado precepto con la exclusión del detrimento patrimonial del Estado como elemento objetivo del delito y con la inclusión de una salvaguarda constitucional (con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico).

2.1.2. Requisitos objetivos

De la lectura del art. IX de la CICC, se observa que la conducta que describe el acto de enriquecimiento ilícito posee tres requisitos objetivos que deberán ser tenidos en cuenta por los Estados que decidan tipificarlo como delito o en su reforma si ya lo tenían anteriormente previsto en su legislación penal. Estos son: 1) que exista un incremento del patrimonio de un funcionario público, 2) que este incremento resulte

¹⁹ José Luis de La Cuesta Arzamendi, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 17, 2003, p. 13.

²⁰ Enrique Lagos, *El futuro de la convención interamericana contra la corrupción*, Conferencia sobre transparencia y desarrollo en América Latina y el Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo, 2000, p. 3. Véase: <http://www.iadb.org/leg/Documents/Lagos%20Spa.pdf>.

²¹ Carlos Manfroni, *The Inter-American convention against corruption*, op. cit., p. 68.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

excesivo respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y 3) que no pueda ser razonablemente justificado.

2.1.2.1. Incremento del patrimonio de un funcionario público

Se entiende que un funcionario ha incrementado su patrimonio cuando éste experimenta una ventaja por la adquisición de una cosa o derecho (en referencia a todos los derechos reales y personales en sentido amplio), como así también por la transformación de las cosas que ya poseía y que le resulta una plusvalía en su valor original. Es decir, a los efectos de la convención resulta necesaria la modificación de la parte activa del patrimonio a causa del ingreso de uno o varios bienes que pueden ser materiales (inmuebles, vehículos, dinero) o inmateriales (acciones, títulos bancarios o servicios), no siendo compatible con el término “enriquecerse” otros signos de riqueza tal como es el caso de un excesivo gasto personal.²² Esta omisión puede objetarse a los redactores de la convención, pues el enriquecimiento no sólo se considera verificado de forma positiva, sino también cuando se evita la disminución del pasivo por medio de la cancelación de deudas manteniendo incólume el acervo patrimonial, o por la realización de gastos desmedidos, suntuosos o modos de vida desacordes con la realidades económicas del sujeto.

El enriquecimiento patrimonial queda generalmente al descubierto cuando el funcionario no hace constar los movimientos y adquisiciones de capital que realiza en su declaración jurada de bienes, a pesar de que su actualización anual es una obligación legal que se corresponde con el ejercicio del cargo público. La declaración jurada destaca como medio probatorio en los casos de corrupción y especialmente en la per-

secución del enriquecimiento ilícito, pues los indicios que hacen surgir un supuesto incremento patrimonial injustificado normalmente se exteriorizan de forma total o parcial en la prueba documental de las declaraciones y de los exámenes de las mismas. Por eso, este documento es de gran importancia en el combate contra la corrupción, porque en términos generales los actos corruptos son difíciles de comprobar, por lo que el descubrimiento de los mismos se realiza a través de datos o evidencias indiciarias que la propia declaración ofrece a los investigadores cuando su contenido no guarda relación con la entidad real y manifiesta del patrimonio del funcionario.²³

Queda claro que para la detección de los incrementos patrimoniales de los miembros de la función pública, el Estado debe tener un organismo público de control eficiente que registre las declaraciones juradas y que además tenga a su cargo la proyección de su contenido, debiendo contener de manera general la nómina detallada de los ingresos legales y bienes propios del declarante en el país o en el extranjero, los bienes de su cónyuge o conviviente y de los hijos menores si los hubiere, como así también el detalle pormenorizado de sus deudas y gastos.²⁴

De lo expuesto puede afirmarse que el delito de enriquecimiento ilícito guarda una estrecha relación con la declaración jurada de bienes y rentas, es más, existen tipos penales como el previsto en el art. 401 del Código penal de Perú que lo integra como parte del mismo. Además, es importante destacar que la declaración jurada de bienes y rentas es una medida preventiva innovadora que ha sido incluida en el art. III. 4. de la CICC,²⁵ siendo considerada un mecanismo que no sólo ayuda a que los actos estatales cumplan con los principios de publicidad y transparencia, sino también previene hechos de corrupción pública y fortalece el correcto y adecuado cumplimiento de las

²² Dino Carlos Caro Coria, “El delito de enriquecimiento ilícito”, en César Eugenio San Martín Castro, Dino Carlos Caro Coria, José Leandro Peschiera, *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, Jurista, 2002, p. 121.

²³ En ese sentido, destaca Volosin que el control de la evolución patrimonial de los funcionarios mediante el sistema de declaraciones juradas puede ser muy significativo si se lo utiliza para generar sinergias con la investigación judicial del enriquecimiento ilícito. Natalia Volosin, “Medidas para prevenir y detectar transferencias del producto de la corrupción pública en la Argentina. III Medidas para controlar el incremento patrimonial de los funcionarios públicos”, en Guillermo Jorge (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires, Del Puerto, 2008, p. 301.

²⁴ Emilio Cárdenas, Héctor Chayer, *Corrupción judicial. Mecanismos para prevenirla y erradicarla*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 72.

²⁵ Art. III de la CICC: “A los fines expuestos en el Artículo II de esta convención, los Estados partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: 4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda”.

funciones públicas.²⁶ En este sentido manifiesta Manfroni que el delito de enriquecimiento ilícito combinado con un buen sistema de declaración jurada de bienes que incluya todo el movimiento patrimonial del funcionario (donaciones, venta, locación, adquisición de bienes, etc.), es un arma extremadamente útil para combatir la corrupción y el lavado de dinero.²⁷

2.1.2.2. Incremento patrimonial excesivo con respecto a los ingresos legales del funcionario durante el ejercicio de sus funciones

Para la constatación de este elemento objetivo, también es de suma importancia la participación del procedimiento de declaración jurada de bienes. Este documento público debe contener, aparte de la enunciación de los bienes registrables, todos los ingresos legales que posea el funcionario, entendiéndose dicho término como: *a)* toda remuneración que reciba por razón del cargo, *b)* por cualquier actividad económica compatible con su función (por ejemplo, la docencia), y *c)* otros ingresos obtenidos lícitamente (rentas provenientes de acciones o títulos bancarios, regalías y dinero obtenido por sorteo o lotería, todos comprobados mediante escritura pública); como también, el detalle pormenorizado de su pasivo, es decir, todas las obligaciones contraídas antes y durante el ejercicio de su cargo público.

El contenido de la declaración jurada de bienes y rentas manifiesta la situación o realidad económica del funcionario antes y durante el ejercicio de su cargo, y mediante la correspondiente pericia técnico-contable se determinará si los bienes que el funcionario ha ingresado a su patrimonio se corresponden con la evolución económica normal de sus bienes y rentas conoci-

das.²⁸ En caso contrario, si se demuestra que el valor de dichos bienes es superior a los ingresos legales que posee el funcionario, se tendría que probar —además— que dicha diferencia es “apreciable o excesiva”. De esta manera, a los efectos de la convención, serían atípicos los incrementos patrimoniales cuyo valor exceda de forma mínima desde la perspectiva de la capacidad económica del funcionario público.²⁹

La excesividad del incremento patrimonial es contemplada en la convención como un elemento normativo en blanco, pues no establece ningún parámetro que determine cuándo la desproporción entre el valor de los bienes adquiridos y los ingresos legales del funcionario es relevante a los fines del tipo. Esto indica que la convención otorga facultad a cada Estado para que al momento de tipificar la conducta de enriquecimiento ilícito, establezca el criterio que determine cuándo la desproporción entre bienes adquiridos e ingresos es notablemente excesiva, y por consiguiente, ilícita (penalmente relevante). Cabe resaltar que los Estados que en sede legislativa no determinen este criterio de ilicitud en sus respectivos tipos penales de enriquecimiento, estarían dejando al juez dicha determinación a su entera discrecionalidad, lo que podría generar un gran margen de inseguridad jurídica.

Además, la norma prevista en el art. IX de la CICC establece un espacio temporal en el que debe materializarse el incremento patrimonial: *durante el ejercicio de las funciones públicas*. Como puede observarse, la convención establece un ámbito temporal específico que comprende el periodo que va desde que el funcionario hace posesión de su cargo, hasta que cesa en sus funciones. Esta decisión parte de la consideración de que si el funcionario público incrementa excesivamente su patrimonio fuera de sus posibilida-

²⁶ Emilio Cárdenas y Héctor Chayer, *Corrupción judicial. Mecanismos para prevenirla y erradicarla*, op. cit., p. 70. “El tema de la información pública, su accesibilidad y disponibilidad ocupa un lugar cada vez más importante en las agendas de las sociedades democráticas, por su importancia para generar un entorno de transparencia. Simultáneamente, la rendición de cuentas de modo amplio y público, tanto a nivel institucional, como de cada uno de los miembros de los tres poderes del Estado, es un mecanismo preventivo crucial”. Por otro lado, no faltan autores quienes sostienen que los Estados, conforme a sus objetivos, dirigen la aplicación de la declaración jurada de bienes y rentas a uno de estos dos enfoques. De esta manera, existen países que la usan en función de un propósito de transparencia en las funciones de los empleados públicos como es el caso de los Estados Unidos y Argentina, y aquellos que utilizan la declaración fundamentalmente como instrumento para detectar el enriquecimiento ilícito como es el caso de los países centroamericanos y Colombia (Julio Piza Rodríguez, *Ley modelo sobre declaración de ingresos, pasivos y activos por parte de quienes desempeñan funciones públicas*, OEA. Vid. www.oas.org/juridico/spanish/preventivas/guate_docs/Dr_Julio_Roberto_Piza_Rodriguez.htm).

²⁷ Carlos Manfroni, *The Inter-American convention against corruption*, op. cit., p. 69.

²⁸ Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho penal*, t. VII, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, p. 357. “Para determinar el carácter del enriquecimiento se deberá realizar el análisis de la proporción que resulte al relacionar el volumen del enriquecimiento con las entradas y bienes de fortuna que se le conocen al funcionario; de modo que el aumento pueda ser considerado como normal o no en la evaluación económica de ese patrimonio.”

²⁹ Dino Carlos Coria, *El delito de enriquecimiento ilícito*, op. cit., p. 209.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

des económicas durante el ejercicio de su cargo, es porque se presume que dicho aumento de riqueza fue posible gracias a las ganancias indebidas provenientes de actos ilícitos en los que utiliza su cargo público. Sin embargo, los legisladores nacionales latinoamericanos han adoptado tres enfoques en la determinación del ámbito temporal penalmente relevante: uno coincidente con el ejercicio de las funciones públicas (adoptado por la mayoría), otro abarcado por un término limitado después de haber cesado el agente sus funciones, y por último, un criterio más amplio. En relación a estos dos últimos criterios puede citarse a los Estados de Argentina y Colombia que han ampliado el periodo de imputación del enriquecimiento excesivo del funcionario público a momentos posteriores de la finalización de las funciones públicas. El tipo penal de enriquecimiento ilícito en estos países posibilita que la investigación de las modificaciones patrimoniales significativas de los funcionarios se amplíe hasta dos años en el caso argentino y hasta cinco años en el colombiano, después de que el sujeto haya cesado en sus funciones.

2.1.2.3. Que no pueda ser razonablemente justificado

El último requisito que integra la figura del enriquecimiento ilícito es el que más controversias ha generado al momento de su tipificación dentro de la comisión redactora. Según la convención, no sólo hace falta que el excesivo incremento experimentado por el patrimonio del funcionario no guarde relación con sus ingresos legítimos, sino que se requiere, además, que esta desproporción no pueda ser justificada razonablemente a través de una probada y creíble explicación (por ejemplo, que unos amigos pudientes hayan concedido un préstamo en largas y cómodas cuotas fácilmente ajustables a la realidad económica del funcionario), o por alguna fuente lícita debidamente comprobada (donación, herencia, legado o adjudicación judicial).

La razón de la inclusión de este elemento normativo radica en la posibilidad de que los bienes que incrementaron el patrimonio del funcionario hayan podido ser en verdad adquiridos por el funcionario por medio de alguna fuente económica que no consignó

en su declaración jurada de bienes (que en todo caso podría constituir una falta administrativa leve o grave según el ordenamiento disciplinario), desvirtuando la sospecha de cualquier origen espurio de esos bienes y justificando su posesión lícita cuando así le sea requerido. Por ejemplo, se podría descubrir que un funcionario ha adquirido un automóvil lujoso cuyo valor ronda los 50.000 euros, siendo en principio imposible que pueda solventarlo con la retribución que recibe del Estado. Sin embargo, al ser requerido su justificación puede bien acreditar mediante sentencia de adjudicación que el automóvil lo obtuvo a través de un juicio sucesorio.

Así también, la interpretación de la no justificación del incremento patrimonial ha dividido a la doctrina acerca de su naturaleza comisiva u omisiva del delito de enriquecimiento ilícito, lo que ha hecho que el mismo sea catalogado como un delito complejo.³⁰ Para un sector doctrinal esta figura delictiva se encuadraría dentro de los delitos de omisión, puesto que el delito se consumaría en el momento que el funcionario omite justificar su enriquecimiento patrimonial. Según esta forma de interpretación, es necesaria la participación de un órgano del Estado que realice previamente el requerimiento de justificación al constatar *prima facie* un enriquecimiento que reúna los caracteres ya descritos, por lo que una vez efectuada y omitida por el funcionario se consuma el delito. Pero el criterio mayoritario sostiene que es una figura de naturaleza comitiva, pues contiene un mandato que pretende evitar que los funcionarios utilicen sus cargos para aumentar indebidamente sus patrimonios. Además, no se podría concluir que la norma se sustente en el mero silencio del funcionario, en atención a que éste es un derecho reconocido en varios pactos internacionales y contemplado de forma general en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados.³¹

2.1.3. Aciertos y desaciertos en la configuración del Art. IX de la CICC

La comisión redactora ha hecho bien en incluir en su texto al art. XII cuyo contenido normativo tiene una relevante conexión con todos los delitos previstos en

³⁰ Jorge Mikkelsen-Loth, *Enriquecimiento ilícito*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 52.

³¹ El derecho a abstenerse a declarar forma parte del derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable dispuesto en los arts. 8.g. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.g. del Pacto Intencional de Derechos Civiles y Políticos.

la convención y, especialmente, con el delito de enriquecimiento ilícito. Este precepto expresa: “Para la aplicación de esta convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado”. La disposición de este precepto ha sido tomada en cuenta en la redacción del delito de enriquecimiento ilícito previsto en el art. IX, ya que describe una conducta peligrosa para la función pública que se exterioriza en el injustificado incremento patrimonial de un funcionario público, no requiriendo para su consumación un detrimento patrimonial al Estado.

La posible razón que ha llevado a que el detrimento patrimonial estatal no constituya un elemento objetivo de delito de enriquecimiento ilícito, sería la difícil demostración de la relación de causalidad entre el enriquecimiento del funcionario y un acto ilícito que produzca un detrimento patrimonial al Estado, pues casuísticamente el funcionario puede enriquecerse por medio de un sinnúmero de actividades lícitas e ilícitas. Además, si se llegase a demostrar que el incremento patrimonial tuvo su origen en un acto ilícito que tuvo como resultado la obtención indebida de caudales públicos (en detrimento del erario), el delito de enriquecimiento ilícito sería desplazado por otros delitos contra las funciones públicas cuyo injusto castiga tanto la deshonestidad del funcionario como el perjuicio económico al Estado, tal como lo hace el delito de malversación de caudales públicos.

Como se ha señalado anteriormente, el art. IX peca al tener en cuenta solamente el enriquecimiento en su modalidad positiva (ingreso efectivo de bienes al patrimonio), omitiendo referencia alguna sobre el enriquecimiento negativo que consiste en evitar la disminución del patrimonio por la cancelación de deudas u obligaciones contraídas. Así, podría darse el caso de un funcionario que pudo haber contraído préstamos a plazos cuyas cuotas iba pagando mensualmente a medida que percibía sus remuneraciones legales, pero posteriormente se descubre que ha cancelado todas sus deudas de una sola vez, lo cual resulta razonablemente inviable debido a que su remuneración estatal o, en su caso, la totalidad de sus ingresos, no tenía la capacidad suficiente para pagar totalmente

sus deudas. Actualmente, existe consenso en entender que un patrimonio se enriquece cuando su titular logra eliminar las cargas (deudas u obligaciones) que gravan a sus activos, manteniendo incólume su acervo patrimonial. Es por ello que las citadas modalidades (activa y pasiva) deberían haber sido conductas equiparables de enriquecimiento a los efectos del tipo penal previsto en el art. IX de la convención.

Por último, cabe señalar que el departamento jurídico interamericano, ante las dudas que suscitaba la tipificación del soborno transnacional y del enriquecimiento ilícito (delitos que están condicionados a ser incluidos en la legislación interna de los Estados por una cláusula de salvaguarda), aprobó el 22 de agosto de 1998 la “Legislación modelo sobre enriquecimiento ilícito y soborno transnacional”, con dos artículos que exclusivamente se enfocan al soborno transnacional, aclarando qué ha de entenderse por soborno transnacional, por funcionario público, por función pública, qué tipo de sanciones deben imponerse a los responsables de este delito, como también otras cuestiones relativas a aspectos jurisdiccionales, de asistencia y cooperación internacional.³² Sin embargo, dicho documento no dice nada, ni contempla precepto alguno sobre la tipificación del enriquecimiento ilícito, a pesar de que su contenido expresa que es una guía para el legislador sobre la aplicación de este delito.³³ No se sabe exactamente por qué la citada dependencia de la OEA creó un documento que no refiere norma alguna sobre uno de los preceptos que indican su objeto y contenido, pero lo cierto es que este instrumento jurídico carece de disposiciones sobre aplicación e interpretación del delito de enriquecimiento ilícito, que en caso contrario, hubiera contribuido a una mejor determinación típica en las legislaciones internas y a disipar en cierto modo las controversias y criterios dispares que existen sobre esta figura delictiva en la doctrina.

2.2. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)

Los antecedentes de la CNUCC pueden encontrarse en la magnitud que habían adquirido la delincuencia orga-

³² Demelsa Benito Sánchez, *Notas sobre la Corrupción transnacional. Sus efectos y su combate*, op. cit., p. 247.

³³ Esta afirmación puede corroborarse observando el texto del documento “Legislación modelo sobre enriquecimiento ilícito y soborno transnacional” emitido por el comité jurídico interamericano dependiente de la OEA. Véase <http://www.oas.org/juridico/spanish/legmodel.htm>.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

nizada transnacional y la corrupción a nivel mundial. A comienzos del siglo XXI, la ONU había hecho enormes esfuerzos para contrarrestar los efectos nocivos de estos fenómenos a través de la creación de instrumentos jurídicos de carácter global, entre los que se destaca la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada firmada en el año 2000 en Palermo (Italia). Poco tiempo después, la asamblea general aprueba la resolución 55/61 en la cual se reconoce la conveniencia de contar con un instrumento jurídico internacional contra la corrupción independiente de la convención de Palermo. Asimismo, en el mismo documento se solicita al secretario general que constituya un grupo intergubernamental de expertos que examine, prepare y negocie el proyecto del futuro instrumento jurídico contra la corrupción.³⁴ El resultado de las negociaciones fue la adopción y firma en la ciudad de Mérida (México) de la CNUCC el 31 de octubre de 2003.

La CNUCC constituye el primer instrumento jurídico internacional de carácter universal que establece políticas preventivas, represivas y de cooperación contra la corrupción pública y privada,³⁵ tanto doméstica como internacional. Este instrumento expresa la política mundial contra la corrupción estableciendo una serie de estrategias amplias dirigidas a los sectores políticos, sociales y económicos de nuestras sociedades. Estas estrategias tienen como objetivo la inclusión y activa participación de todas las instituciones de los Estados en la lucha contra la corrupción, ya sean las entidades fiscalizadoras superiores, los ministerios públicos, la policía, las instituciones de supervisión financiera, la administración pública, el sector privado y la sociedad civil.

La convención está compuesta por 71 artículos y se estructura en ocho capítulos, siendo los siguientes: 1) disposiciones generales, 2) medidas preventivas,

3) penalización y aplicación de la ley, 4) cooperación internacional, 5) recuperación de activos, 6) asistencia técnica e intercambio de información, 7) mecanismos de aplicación y 8) disposiciones finales. En relación a su normativa, los legisladores nacionales y los encargados de introducir las políticas dispuestas en la convención deben tener presente que dicho documento ha establecido un orden de prioridad en sus disposiciones, ya que no todas tienen el mismo grado de aplicación. En general, las disposiciones pueden agruparse en tres categorías: *a)* medidas obligatorias, que consisten en obligaciones de legislar, *b)* medidas que los Estados parte deben considerar o procurar aplicar y *c)* medidas que son facultativas.³⁶

2.2.1. El delito de enriquecimiento ilícito en la CNUCC. Art. 20

La CNUCC establece al enriquecimiento ilícito como un delito cuya penalización debe ser considerada por los Estados partes, lo que significa que su tipificación dentro de legislaciones internas no es obligatoria. La convención es el segundo instrumento a nivel internacional que contempla el delito de enriquecimiento ilícito, y en virtud a su carácter mundial ha posibilitado que muchos países que no forman parte del continente americano (cuyos países en su mayoría tienen tipificado al enriquecimiento ilícito como delito en sus códigos penales) fueran paulatinamente introduciendo este acto de corrupción dentro de sus ordenamientos penales. Además, la incorporación de este delito al citado documento internacional implica la extensión al mismo de las consecuencias jurídicas de todas las instituciones que incluye, como son la prescripción, la incriminación de los diversos grados de participación, la cooperación internacional y la recuperación de activos.

³⁴ Resolución de la asamblea general de la ONU-A/RES/51/61 de fecha 4 de diciembre de 2000, "Un instrumento jurídico internacional contra la corrupción".

³⁵ Uno de los rasgos novedosos de la convención es que prevé medidas legislativas para combatir a la corrupción privada las cuales se encuentran enumeradas en su art. 12. La razón de este precepto es el reconocimiento de que hoy en día el fenómeno de la corrupción ha superado lo público para introducirse en el sector privado, especialmente, el relacionado con las bases del sistema económico de los Estados. Por ello se insta a los Estados parte de la convención a adoptar medidas civiles, administrativas y la sanción de tipos penales para la combatir la corrupción privada con la finalidad de contrarrestar las distorsiones que este fenómeno produce en los principios de apertura y libertad de los mercados, en la competencia legal y en la transparencia del comercio internacional. Según un informe del Instituto Max Planck se puede distinguir hasta cuatro perspectivas diferentes de la corrupción privada: 1) la laboral, 2) la que se efectúa a partir del derecho de la competencia, 3) la que se centra en las implicaciones penales del proceso de privatización de la administración y 4) la que atiende a los aspectos patrimoniales de la corrupción (Adán Nieto Martín, "La corrupción en el sector privado. Reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado", *Revista Penal*, núm. 10. 2002, p. 56.

³⁶ *Guía legislativa para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la corrupción*, Nueva York, Naciones Unidas, 2006, p. 26.

Puede decirse que la tipificación como delito del incremento patrimonial excesivo e injustificado de un funcionario público ha adquirido en los últimos años una notable relevancia como medida a ser adoptada para combatir la corrupción, afirmación que se refleja en el propio texto de la convención que la refiere en dos partes concretas. La primera mención aparece en el preámbulo de la convención, que señala expresamente que los Estados parte están convencidos de que el enriquecimiento personal ilícito del funcionario es un comportamiento particularmente nocivo para las tres bases fundamentales sobre las que se sustenta un Estado, que son la economía, la ley y las instituciones democráticas. El hecho de que el enriquecimiento ilícito haya sido reconocido en la misma exposición de motivos de la CNUCC (circunstancia que no ocurre con otros delitos contra la corrupción) demuestra la importancia que se le da a los efectos negativos que puede producir la posesión de riqueza inexplicable en los miembros de la función pública, dañosidad que subyace en la idea de que la obtención injustificada de bienes sólo es posible mediante beneficios económicos ilícitos provenientes de la comisión de delitos graves en los que se ha utilizado un cargo público. La segunda mención está dada en la norma del art. 20, que establece la descripción del delito de enriquecimiento ilícito a los efectos de la convención.

2.2.2. Consideraciones acerca de los requisitos objetivos

El art. 20 de la CNUCC expresa:

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

Como puede observarse, los redactores de la CNUCC han descrito al acto de corrupción de enriquecimiento ilícito siguiendo el mismo criterio adoptado en el art. IX de la CICC, salvo con algunas diferencias puntuales. En cuanto a las semejanzas, el injusto del tipo penal descansa de la misma forma que el art. IX en tres requisitos objetivos: 1) *el incremento significativo del patrimonio del funcionario*, 2) *respecto de sus ingresos legítimos* y 3) *que no pueda ser razonablemente justificado por él*.³⁷ Así también, introduce una cláusula de salvaguarda (con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito) que funciona a modo de filtro con respecto a las obligaciones de los Estados parte en caso de que existan normas constitucionales o fundamentales en conflicto con esas obligaciones.³⁸

Esta cláusula otorga a la norma prevista en el art. 20 la categoría de “medida cuya aplicación debe ser considerada por los Estados”, y se justifica en la posibilidad de que la construcción jurídica del delito de enriquecimiento ilícito tal vez pueda estar en contradicción con normas y principios constitucionales de los Estados partes al momento de su introducción a sus ordenamientos penales,³⁹ especialmente los que se refieren al principio de legalidad, el de culpabilidad y la inversión de la carga de la prueba. La adecuación o no del delito de enriquecimiento ilícito a los parámetros constitucionales depende del propio sistema jurídico de cada país, y aunque su tipificación no sea obligatoria, no debe olvidarse que la propia cláusula de salvaguarda conlleva a cada Estado que suscriba y ratifique la convención, el deber de realizar un estudio serio y real en el plano legislativo y judicial acerca de la compatibilidad de este delito con su ordenamiento jurídico. En ese sentido, Costa Rica es uno de los países que ha cumplido el trámite inscrito en la cláusula de salvaguarda, pues el Congreso de esa nación, a través de la herramienta jurídica de la consulta legislativa facultativa de constitucionalidad,

³⁷ De acuerdo a que el art. 20 de la CNUCC posee básicamente el mismo contenido normativo que el previsto en el art. IX de la CICC, nos remitimos a los comentarios que hemos realizado en los apartados 2.1.2.1, 2.1.2.2. y 2.1.2.3.

³⁸ *Guía legislativa para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la corrupción*, op. cit., p. 4, párr. 13.

³⁹ Gustavo Bruzzone, Hernán Gullco, “Acerca de la controvertida adecuación constitucional del tipo penal de enriquecimiento ilícito de funcionario público”, en Gustavo Bruzzone, Hernán Gullco (coords.), *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 10. “La convención se pliega a la convención interamericana cuando la supedita a la Constitución y a los principios fundamentales del ordenamiento de cada Estado, lo que revela la existencia de opiniones en la comunidad internacional en el sentido de que la incriminación de esta figura podría hallarse en pugna con tales normas.”

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

ha remitido el proyecto de la actual Ley N° 8422/04 “Contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito” a la Corte Suprema de Justicia para que estudie y se expida acerca de su constitucionalidad antes de sancionarlo como ley.

En cuanto a las diferencias con el art. IX de la CICC, el art. 20 de la CNUCC no introduce en la figura de enriquecimiento ilícito referencia alguna sobre el periodo en el cual debe ocurrir el o los actos que posibilitan el incremento patrimonial del funcionario (en la CICC el enriquecimiento debe producirse durante el ejercicio del cargo). Llama la atención que los redactores de la convención hayan omitido integrar a la estructura del comportamiento punible un elemento espacio-temporal que conecte el acto corrupto con la lesividad de la función pública, pues sin este elemento el art. 20 sólo estaría describiendo un simple hecho patrimonial llevado a cabo por un funcionario carente de relación alguna con el ejercicio deshonesto y arbitrario de un cargo público, que es el núcleo central de todo delito de funcionario público. Un hecho con las características señaladas no puede ser considerado ilícito y menos constitutivo de delito, porque los mismos Estados estimulan y permiten dentro de su territorio la adquisición y circulación de bienes entre sus ciudadanos como un aspecto clave de sus políticas económicas, y hasta incluso puede considerarse actualmente un derecho fundamental de toda persona.

Ahora bien, el rasgo más importante que posee el art.20 es que antepone a los elementos objetivos que describen la conducta punible del enriquecimiento ilícito un elemento subjetivo que se expresa mediante la frase “*cuando se cometa intencionalmente*”. Es sabido que generalmente los códigos penales poseen un precepto que expresa que todo delito sólo puede cometerse de forma dolosa o imprudente, y que un comportamiento punible sólo puede comprender una modalidad imprudente cuando el tipo penal permita taxativamente dicha posibilidad en su marco legal. Con la inclusión de este elemento subjetivo adicional, todo Estado que decida introducir el delito de enriquecimiento ilícito a su legislación interna sólo lo podrá tipificar en su forma dolosa, lo que quiere decir

que la convención veda por completo cualquier posibilidad de establecer un tipo imprudente.⁴⁰ En otras palabras, la convención sólo considera punible que un funcionario realice actos patrimoniales de adquisición de bienes con el propósito directo de enriquecerse, a sabiendas de que su valor sobrepasa excesivamente el límite de la capacidad económica que le proporciona sus ingresos legales.

La implementación del enriquecimiento ilícito como medida legislativa ha sido tomada en cuenta por los Estados partes de varias formas. Lo normal es la tipificación de este acto de corrupción como delito dentro de sus ordenamientos penales, pero algunos Estados lo han introducido en sus legislaciones internas como medidas administrativas de carácter preventivo no penal. De hecho, la Oficina contra la Droga y el Delito de la ONU ha señalado como alternativa a la incriminación del enriquecimiento ilícito la posibilidad de que esta conducta sea prevista como sanción administrativa que no requiere la incondicional presunción de inocencia y no trae consigo el estigma de la pena de prisión. Así, las sanciones a ser aplicadas serían la destitución del cargo de funcionario público, la pérdida de licencias o inhabilitación para realizar contratos públicos y la exclusión de ciertas profesiones.⁴¹

Brasil ha seguido esta alternativa tipificando al enriquecimiento ilícito como un ilícito no penal en la Ley 8422/92 “De improvidade administrativa” que establece para aquellos funcionarios públicos que obtienen para sí o para otro, en el ejercicio de mandato, cargo o empleo público, bienes de cualquier naturaleza cuyo valor sea desproporcional a la evolución de su patrimonio u otra renta, sanciones administrativas (multa, pérdida del cargo público), civiles (pérdida de los bienes obtenidos ilícitamente, resarcimiento del daño) y políticos (suspensión de los derechos políticos de ocho a diez años).

Lo más llamativo sobre el art. 20 es que la propia guía legislativa para la aplicación de la CNUCC reconoce al enriquecimiento ilícito como un mecanismo legislativo útil para disuadir a los funcionarios de cometer actos de corrupción, sino también para *superar las dificultades que tienen los fiscales a la hora de de-*

⁴⁰ Este es el criterio adoptado por la convención en relación con los actos de corrupción previstos en los arts. 15 al 25, ya que un funcionario o un particular no podría realizar dichas conductas inintencionalmente (*Notas interpretativas para los documentos oficiales de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Travaux Préparatoires*, párrafo 27, p. 5. Véase A/58/422/Add.1).

⁴¹ *The global programme against corruption. Anti-corruption toolkit*, Viena, Naciones Unidas, 2004, p. 456.

*mostrar que un funcionario ha solicitado o aceptado sobornos (aunque debe admitirse que también pueden ser otros delitos funcionariales) en los casos en que su enriquecimiento es tan desproporcionado respecto de sus ingresos legítimos que puede establecerse prima facie que se ha cometido un acto de corrupción.*⁴² Esto supone un reconocimiento expreso de la naturaleza subsidiaria del delito de enriquecimiento ilícito de otros delitos funcionariales que no pueden ser probados, cuyas ganancias ilícitas serían las fuentes económicas que permiten el enriquecimiento patrimonial del funcionario.

Por otra parte, la guía también admite que en este delito es el funcionario quien debe justificar razonablemente el incremento significativo de su patrimonio, lo que en algunas jurisdicciones puede ser contrario al derecho a la presunción de inocencia, pero afirma que no existe una presunción de culpabilidad ya que la carga de la prueba la tiene el fiscal quien tiene que demostrar que el enriquecimiento del acusado es superior a sus ingresos legítimos. En todo caso —sostiene la guía— puede considerarse como un presunción refutable, pues hecha la acusación el funcionario puede presentar una justificación razonable o creíble.⁴³

A esta última afirmación se le puede dirigir dos críticas. En primer lugar, en un Derecho penal garantista y respetuoso con los derechos fundamentales no puede admitirse preceptos que establezcan responsabilidades por hechos presuntos, aunque de por sí fueran refutables o *iuris tantum*, pues estas construcciones sustantivas serán siempre nulas y sin valor por ser contrarias a la presunción de inocencia. En segundo lugar, el funcionario acusado no tiene obligación de presentar ningún tipo de justificación sobre lo que se le acusa, puesto que le asiste el derecho a abstenerse a declarar, silencio que nunca podrá ser tenido en su contra.

2.3. Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la Corrupción (CUAC)

Este convenio fue impulsado y adoptado por la organización de la Unión Africana que agrupa a todos los

países del continente africano (menos Marruecos), el 11 de julio de 2003 en Maputo, Mozambique. El documento consta de 28 artículos, y entre sus objetivos se destaca la cooperación entre los países firmantes a fin de promover y fortalecer el desarrollo de mecanismos para prevenir, detectar, castigar y erradicar la corrupción y otros delitos conexos en África, y garantizar la efectividad de esas medidas. La convención se centra en cuatro vías principales para combatir la corrupción: prevención, castigo, cooperación y educación. En particular, fortalece las leyes de corrupción con una lista de delitos que pueden ser castigables en la legislación local, esboza medidas a ser tomadas para permitir la detección e investigación de delitos de corrupción, indica mecanismos para la confiscación y decomiso de los frutos de los actos corruptos y delito conexos,⁴⁴ entre otras medidas.

El delito de enriquecimiento ilícito se encuentra previsto en la CUAC, en el art. 8, que expresa:

1. Con sujeción a las disposiciones de sus derechos internos, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para establecer en su legislación el delito de enriquecimiento ilícito.
2. Para los Estados parte que hayan tipificado el enriquecimiento ilícito como delito en su legislación interna, tal delito se considerará un acto de corrupción o delito conexo a los efectos de la presente convención.
3. Todo Estado parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito como delito deberá, en la medida en que sus leyes lo permitan, proporcionar asistencia y cooperación a cualquier Estado requirente con respecto a este delito según lo dispuesto en este convenio

Como es habitual, y siguiendo el mismo criterio de las CICC y CNUCC el art. 8 de la CUAC contiene al principio una cláusula de salvaguarda que se expresa con la frase “con sujeción a las disposiciones de sus derechos internos”. Esta cláusula fue incluida por las objeciones de los grupos críticos de la CUAC que veían a la disposición sobre enriquecimiento ilícito como una erosión del principio de presunción de inocencia del Derecho penal. En este sentido, Muna señala que en un caso de enriquecimiento ilícito, que implica rique-

⁴² Guía legislativa para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la corrupción, op. cit., p. 87, párr. 296.

⁴³ *Ibidem*, párr. 297.

⁴⁴ El comité redactor decidió agregar a lo largo de esta convención las palabras “y delitos conexos” para superar los problemas de definición y discrepancias en los sistemas legales de los distintos Estados parte. Akere Muna, “La convención de la unión africana contra la corrupción”, en *Transparencia Internacional. Informe global de la corrupción*, Berlín, 2004, p. 149.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

za no justificable, normalmente la fiscalía corre con la carga de la prueba y por lo tanto debe demostrar más allá de toda duda razonable que la riqueza adquirida no está justificada por los ingresos de un funcionario. Sin embargo, bajo la convención, la fiscalía no está legalmente obligada a demostrar más allá de toda duda razonable que la riqueza excede de los ingresos del funcionario público, ni tampoco debe demostrar que los ingresos injustificados son resultado de actos de corrupción, dado que se presume automáticamente que los ingresos injustificados provienen de una fuente corrupta. De esta manera, es probable que la disposición que contempla este delito enfrente cuestionamientos legales, particularmente en países donde la presunción de inocencia está establecida constitucionalmente.⁴⁵

Si bien el art. 8 de la CUAC recomienda a los Estados africanos castigar el delito de enriquecimiento ilícito, es llamativo que los redactores no hayan establecido en dicho artículo qué significa el enriquecimiento ilícito y cuáles son sus elementos objetivos, sino que lo han hecho en el art. 1 (que acoge algunas definiciones a efectos de la convención) definiéndolo como el incremento de los bienes de un empleado público o de cualquier persona que no pueda explicar razonablemente en relación a sus ingresos. De la definición expuesta se deduce que, a efectos de la convención, el enriquecimiento ilícito es una figura criminal que puede ser realizada tanto por un funcionario público, como también por “cualquier otra persona”, lo que deja abierta la posibilidad de que los Estados firmantes puedan introducir en sus legislaciones internas, a parte del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, el de particulares, tal como lo hace Colombia.

La decisión de que el sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito también lo pueda ser un sujeto privado, es porque la convención ha adoptado un enfoque común acerca de la corrupción, ya que entiende

que en los delitos que derivan de ella el funcionario público no es el principal infractor, admitiendo que su comisión puede ser llevada a cabo con y por agentes del sector privado.⁴⁶

3. La cláusula de salvaguarda y su procedimiento de aplicación

Todo compromiso asumido por un Estado a través de un convenio internacional tiene fuerza obligatoria según la conocida regla imperativa de Derecho internacional o de *ius cogens pacta sunt servanda*,⁴⁷ que constituye un principio tan estricto que ningún Estado puede justificar el incumplimiento de un tratado aunque se vean afectadas disposiciones de su derecho interno.⁴⁸ La obligatoriedad de las normas internacionales encuentra su fundamento en la convicción de los Estados de que las mismas les convienen para la solución de sus problemas e intereses comunes, resultando necesario que esas normas se cumplan y que su cumplimiento sea exigible sobre la base del consentimiento manifestado por los Estados, más aún cuando ellos son sus principales creadores y destinatarios.⁴⁹ Estas normas producen efectos de derecho que consisten principalmente en la creación, modificación, extinción de obligaciones y derechos subjetivos dentro del ordenamiento jurídico del Estado firmante, siendo un claro ejemplo el compromiso de tipificar conductas criminales previstas en acuerdos internacionales.

En las convenciones internacionales contra la corrupción, una de las obligaciones más importantes asumidas por los Estados miembros es la referida a la introducción en sus legislaciones internas de medidas legislativas en materia penal relativas a la tipificación de una serie de delitos contra la corrupción, en la medida en que ya no estén definidos como tales en sus ordenamientos penales. Las citadas convenciones han optado por el mismo criterio de establecer normas obligatorias en cuanto a su penalización, pero

⁴⁵ Akere Muna, *La convención de la unión africana contra la corrupción*, op. cit., p. 150.

⁴⁶ Akere Muna, *La convención de la unión africana contra la corrupción*, op. cit., p. 149.

⁴⁷ Art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1986): “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

⁴⁸ Art. 27.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1986): “Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. En ese sentido, sostiene Pastor Ridruejo que los tratados deben observarse aunque sean contrarios al derecho interno de alguno de los Estados parte, y afirma que el tribunal de La Haya se ha manifestado categóricamente a este respecto argumentando que un Estado no puede sustraerse a las obligaciones que le imponen los tratados invocando su derecho, constitución o leyes internas (José Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1996, p. 120).

⁴⁹ Fernando Mariño Menéndez, *Derecho internacional público*, Valladolid, Trotta, 1999, p. 252.

las han dividido en dos grandes grupos de acuerdo a su grado de cumplimiento. En la primera se aglutinan delitos cuya penalización es obligatoria y deben ser incluidas sin más dentro de las legislaciones penales de los Estados (soborno, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones públicas, blanqueo de capitales, encubrimiento y obstrucción de Justicia). En la segunda se contemplan delitos que tienen una construcción jurídica que podría estar en contradicción con los principios constitucionales y fundamentales de los Estados contratantes. Entre estos delitos se encuentra el enriquecimiento ilícito cuya tipificación no es de cumplimiento obligatorio e inmediato, porque su penalización es considerada por los convenios como una medida a ser considerada por los Estados contratantes. Sin embargo, la cláusula de salvaguarda que posee el delito de enriquecimiento ilícito obliga a los Estados a realizar el correspondiente test de constitucionalidad a fin de corroborar su compatibilidad con su ordenamiento jurídico, para que en el eventual caso de que sea contrario, pueda excusarse de su cumplimiento.

Como se ha venido señalando, es constante el debate en la doctrina y jurisprudencia sobre los problemas de índole dogmático y constitucional que emanan del tipo penal de enriquecimiento ilícito por su supuesta contradicción con varios principios sustantivos y procesales de naturaleza penal que actualmente tienen consideración constitucional como son el de inocencia, legalidad, culpabilidad e inversión de la carga de la prueba. Por esa razón, los proyectistas de los convenios contra la corrupción han establecido en el delito de enriquecimiento ilícito una cláusula de salvaguarda.⁵⁰ En una primera aproximación, puede decirse que las cláusulas de salvaguarda surgen como mecanismos de flexibilización *ab intra*, es decir, se encuentran dentro de los tratados para suavizar o matizar las previsiones convencionales contenidas en ellos con miras a garantizar los intereses soberanos de los Estados.⁵¹ Estas cláusulas son previstas en ciertas disposiciones de acuerdos internacionales cuando del cumplimiento de las mismas se previera un posible

conflicto entre un interés particular en juego del Estado contratante y el interés perseguido por el tratado, el cual se encuentra exteriorizado en la obligación convencional. Esto significa que los Estados que participan en la elaboración de un tratado han alcanzado un compromiso político al introducir una cláusula de salvaguarda en una obligación contractual previendo en qué casos debe prevalecer el interés del Estado o del tratado.

En los tres convenios que se han estudiado, las partes contratantes han convenido introducir una cláusula de salvaguarda en la disposición que describe la conducta del delito de enriquecimiento ilícito que se individualiza mediante una frase que en mayor o menor medida refiere “con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico”, la cual advierte de un posible conflicto de intereses de índole constitucional y legal como consecuencia de su introducción en las legislaciones penales. Así también, señala que el interés estatal será superior cuando se verifique que del cumplimiento de la obligación convencional (tipificación del delito) surja un menoscabo grave a los derechos fundamentales de índole constitucional que amparan a toda persona sometida a proceso. Por lo tanto, la cláusula de salvaguarda constituye en una vía de escape pactada anticipadamente por los Estados que suscriben un convenio internacional para abstenerse a cumplir con una obligación prevista en el mismo.⁵²

Desde el punto de vista jurídico se entiende por “cláusula de salvaguarda” a la disposición que faculta a un Estado, en el marco de un acuerdo internacional, a abstenerse en todo o en parte del cumplimiento de ciertas obligaciones previstas, siempre que existan condiciones y circunstancias que justifiquen su puesta en práctica. En este sentido, Manin sostiene que son disposiciones contenidas en ciertos acuerdos internacionales que ofrecen la facultad a los contratantes que las invocan de derogar temporalmente, en todo o en parte, disposiciones que comportan dichos acuerdos en el momento y mientras existan condiciones particulares que justifiquen su aplicación.⁵³ Por su parte,

⁵⁰ Pablo Martín Rodríguez, *Flexibilidad y tratados internacionales*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 187: “Este tipo de estipulación convencional ha ido adquiriendo con el paulatino asentamiento de la experiencia convencional en la sociedad internacional un grado notable de perfeccionamiento y generalización. No en vano, en las cláusulas de salvaguarda se han encontrado estrechos vínculos con las instituciones de flexibilización más clásicas del Derecho internacional”.

⁵¹ Pablo Martín Rodríguez, *Flexibilidad y tratados internacionales*, op. cit., p. 144.

⁵² Carlos Manfroni, *Soborno transnacional*, op. cit., p. 100.

⁵³ A. Manin, “A propos des clauses de sauvegarde”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 1, París, 1970, p. 4.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

Gori dice que las cláusulas de salvaguardas son aquellas que, por vía de excepción, permiten excepciones al funcionamiento normal de la convención, en particular con vistas a permitir a cada parte contratante remediar las dificultades que resultan de la puesta en práctica de la reglamentación normal establecida por la convención o que están estrechamente conectadas con ella.⁵⁴

En la doctrina existe consenso de que las cláusulas de salvaguarda facilitan la ejecución de los acuerdos internacionales, pues al contar con el respaldo de la salvaguarda los Estados se sienten proclives a firmar cualquier compromiso internacional y a asumir las obligaciones que derivan de ellos, confiados en que podrán excluirse de determinados efectos no queridos que afecten su sistema jurídico sin vulnerar el principio *pacta sunt servanda*.⁵⁵ Es importante destacar que la cláusula de salvaguarda prevista en los arts. IX de la CICC y 20 de la CNUCC se diferencian en gran medida de las contempladas en convenios y acuerdos internacionales de índole económico porque éstas se caracterizan por ser abiertas, vagas y, a veces, indeterminadas;⁵⁶ en cambio, las previstas en los convenios contra la corrupción son más específicas por estar referenciadas exclusivamente a un posible conflicto de orden constitucional o legal que podría causar la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito. De esta manera, lo positivo de las cláusulas de salvaguarda descansa en que actualmente se las considera un mecanismo fundamental que trata y ofrece soluciones a futuros conflictos que pueden derivar de la aplicación de los tratados internacionales, pero su lado negativo se demuestra en su difícil comprensión y en la complejidad que conlleva su procedimiento de aplicación efectiva.

En cuanto al procedimiento que debe realizar un Estado para abstenerse de cumplir la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, Manfroni sostiene que al ser la cláusula de salvaguarda una posibilidad de exclusión pactada en el mismo tratado cuya condición o motivo se establece en la propia cláusula, cualquier Estado que manifiesta que el delito en cuestión resulta contrario a su Constitución o principios fundamentales daría la facultad de dejar de tipificarlo sin la necesidad de realizar ningún tipo de reserva o manifestación al respecto.⁵⁷ Según la opinión de este autor, si un Estado concluye que la figura del enriquecimiento ilícito se opone a sus principios constitucionales automáticamente estaría legitimado para no tipificarlo sin que sus órganos representativos tengan la necesidad de emitir una declaración que justifique tal decisión.

No se comparte este argumento, ya que todo Estado que no cumpla alguna disposición prevista en un acuerdo internacional debe remitir al organismo encargado de su cumplimiento las explicaciones acerca de tal omisión, pues de lo contrario incurriría en un acto ilícito internacional. El Estado que no desee tipificar el delito de enriquecimiento ilícito contenido en las convenciones debe hacer efectivo la cláusula de salvaguarda, cuya aplicación requiere el cumplimiento de una serie de requisitos sustantivos y procedimentales previos, en razón a que esta facultad no es irrestricta, sino jurídicamente limitada. En primer lugar, todo convenio o acuerdo internacional suscrito por un país debe posteriormente ser objeto de discusión parlamentaria por parte del Poder Legislativo a los efectos de dar el trámite legal correspondiente para su ratificación e ingreso dentro de su ordenamiento jurídico, y asimismo, para que dicha institución estatal debata sobre la congruencia del respectivo delito

⁵⁴ Pablo Martín Rodríguez, *Flexibilidad y tratados internacionales*, op. cit., p. 188.

⁵⁵ Al respecto, Martín Rodríguez señala que la naturaleza convencional de la flexibilidad *ab intra* es trascendental para afirmar su pertinencia como instrumento de modulación de la normativa convencional. Si respecto a otros mecanismos más generales es argumentable una cierta oposición con el principio *pacta sunt servanda*, en el caso de la flexibilidad *ab intra* debe excluirse cualquier atisbo en ese sentido. La naturaleza convencional de los mecanismos de flexibilización *ab intra* significa que en ningún caso la existencia o el contenido de la flexibilidad puede considerarse un ataque al principio *pacta sunt servanda* (Pablo Martín Rodríguez, *Flexibilidad y tratados internacionales*, op. cit., p. 143).

⁵⁶ Es práctica común que en los acuerdos internacionales de intercambio comercial entre países o bloques de países existan cláusulas de salvaguarda que garanticen a los Estados la adopción de medidas temporales que tiendan a corregir efectos imprevistos dentro de su mercado, especialmente, en cuanto a lo que se refiere a la eliminación o restricción de una preferencia arancelaria a un cierto producto. Estas medidas se adoptan para reparar o prevenir un daño grave a la economía nacional de un determinado país. Dada la amplitud de situaciones que se pueden dar en el comercio, existen diferentes modalidades de cláusulas de salvaguarda según las cuales, es posible reconocer una amplia diversidad de procedimientos y de causales susceptibles de ser invocadas. En ese sentido, la Organización Mundial del Comercio ha creado en base al art. XIX del GATT el “Acuerdo sobre salvaguardas”, a fin de armonizar en un instrumento único, las condiciones, procedimientos y causas que ameritan la aplicación de una cláusula de salvaguarda. El texto del acuerdo puede consultarse en la web: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/25-safeg.pdf.

⁵⁷ Carlos Manfroni, op. cit.

con la Constitución y los principios legales que rigen en su territorio.⁵⁸ Si del debate parlamentario se concluye que el delito que posee la cláusula de salvaguarda no contradice la Constitución y los principios del ordenamiento jurídico del país contratante, el Poder Legislativo asume la obligación de introducir dicho delito en su legislación penal siempre que no lo haya tipificado con anterioridad. En caso contrario, si se declara la contrariedad de la figura criminal con los principios del ordenamiento jurídico, se debe emitir una declaración oficial que establezca las circunstancias que acreditan tal contradicción y justifican la decisión de no tipificarlo como delito, para que luego el correspondiente órgano del Estado formule las debidas manifestaciones sobre esta determinación al momento de presentar la ratificación del convenio o acuerdo internacional en el organismo encargado de su seguimiento y aplicación.⁵⁹

Esta es la nueva dimensión que adquiere el acto de ratificación por causa del constitucionalismo, teniendo actualmente la finalidad de ejercer el control parlamentario de las relaciones exteriores mediante la autorización que el Poder Legislativo otorga al Ejecutivo para que éste pueda manifestar en el ámbito internacional el consentimiento de un Estado a quedarse obligado por el contenido de un tratado,⁶⁰ y de expresar en dicho momento, las debidas consideraciones o exclusiones a una o varias disposiciones del mismo.

En segundo lugar, la determinación adoptada por el Estado de no tipificar el delito de enriquecimiento ilícito debe ser comunicada por escrito y a través de los conductos diplomáticos al organismo encargado del

tratado, a fin de que proceda a aprobar la decisión del Estado involucrado y sea aplicada efectivamente la cláusula de salvaguarda. Este acto de convalidación tiene su fundamento en que todo mecanismo jurídico que permite a un Estado incumplir una norma prevista en un acuerdo internacional tiene que estar regulado y controlado de una manera segura por el órgano encargado de dicho documento, pues si la aplicación de este mecanismo se dejase a la entera discrecionalidad de los Estados sería como un canto a la desaparición de la obligación convencional.⁶¹

En relación con este aspecto, puede observarse que los textos de las CICC y CNUCC no contemplan un procedimiento específico para hacer efectivos los efectos que otorga la cláusula de salvaguarda incluida en el delito de enriquecimiento ilícito, y ante este vacío normativo muchos de los Estados que decidieron abstenerse de cumplir la obligación contenida en los arts. IX y 20 de ambos convenios han procedido según su propio arbitrio para no tipificar este delito, tal vez porque han llegado a la misma conclusión hecha por Manfroni de que cualquier Estado que manifieste la incongruencia del delito de enriquecimiento ilícito con sus principios constitucionales podría dejar de tipificarlo sin la necesidad de realizar ningún tipo de procedimiento, manifestación o reserva al respecto.

Por esa razón, si un Estado concluye que la figura del enriquecimiento ilícito transgrede los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y no desea tipificarlo en su legislación interna, debe realizar el procedimiento antes señalado (discusión parlamentaria, manifestación de la decisión y aceptación por

⁵⁸ En ese sentido, destaca la constitución de Colombia al disponer que luego de que el poder legislativo haya dado su acuerdo a un tratado internacional, se remita dicho instrumento al máximo órgano judicial para que se expida sobre su constitucionalidad. Así, el art. 241 expresa: "A la Corte constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones, ... 10) Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulado la correspondiente reserva".

⁵⁹ Esta facultad concedida a todo Estado parte de un tratado internacional se encuentra prevista en el art. 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1986) que dice: "Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él". También en el art. XXIV de la CICC: "Los Estados partes podrán formular reservas a la presente convención al momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherir a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósitos de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas".

⁶⁰ Art. 2.1.b. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1986). Para Remiro Brotons "son varias las razones que postulan la sumisión de ciertas decisiones de la política exterior, y entre ellas se encuentra la prestación del consentimiento en obligarse mediante tratados, no ya a los medios generales de control político sino a una específica intervención parlamentaria de significación propia jurídica. Esas razones dimanar de las competencias básicas que las constituciones reconocen a las cámaras: el ejercicio de la potestad legislativa y presupuestaria y el control de la acción del gobierno" (Antonio Remiro Brotons, *Derecho internacional público. Derecho de los tratados*, t. II, Madrid, Tecnos, 1987, p. 116).

⁶¹ Pablo Martín Rodríguez, *Flexibilidad y tratados internacionales*, op. cit., p. 204.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

el órgano internacional) a fin de que la cláusula de salvaguarda le conceda la legitimidad necesaria para dejar de cumplir la disposición que contempla dicho delito, debiendo mantenerse intactos los efectos de las demás disposiciones y partes del instrumento internacional en sus relaciones *inter se*.⁶²

Por último, para que se entienda mejor las cláusulas de salvaguarda y exista una mayor claridad en la aplicación de los convenios internacionales, resulta necesario que la comunidad internacional introduzca el procedimiento de aplicación de las salvaguardas como un complemento accesorio al texto del documento a fin de que los Estados contratantes —en caso de que decidan no tipificar un delito previsto en una norma internacional— posean reglas claras para llevar a cabo tal decisión. En ese sentido, Pablo Martín Rodríguez manifiesta que las salvaguardas no son *per se* un cheque en blanco, ya que toda liberación convencional debería estar prevista y reglamentada por el propio tratado y, en muchos casos, supervisada por órganos internacionales.⁶³

4. Estado actual sobre la aplicación del delito de enriquecimiento ilícito por los Estados contratantes de los convenios internacionales contra la corrupción

Habiendo establecido el grado de obligatoriedad de la norma que contiene el delito de enriquecimiento ilícito en las CICC y CNUCC, como asimismo el procedimiento correcto que debería realizarse para su inaplicación, es momento de examinar las conductas de los diversos Estados que han celebrado y ratificado dichos documentos en relación con siguientes puntos de análisis: *a)* cuántos de ellos han procedido a introducir el delito de enriquecimiento ilícito dentro de sus ordenamientos jurídicos internos, *b)* cuántos han decidido no hacerlo (ajustándose a un procedimiento de exclusión) y *c)* cuántos de ellos simplemente omi-

tieron hacer acto alguno respecto a la norma jurídica internacional y las consecuencias que ocasiona tal omisión. Este análisis es sumamente importante para medir las relaciones entre el Derecho internacional —que origina la creación de tratados internacionales— y los derechos internos de los Estados contratantes, ya que la eficacia real del primero depende en gran medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conforman a las disposiciones internacionales y les dan efecto.⁶⁴

Según constan en las fuentes de la OEA, la CICC fue firmada por 34 países, siendo ratificada posteriormente por 33.⁶⁵ En desarrollo de la obligación de considerar la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito dispuesta en el art. IX del citado convenio, se tiene constancia de que la mayoría de los países latinoamericanos de raíz jurídica continental ya lo tenían tipificado en su legislación penal antes de la convención. Actualmente los países que cuentan con esta figura penal son: Antigua y Bermuda, Argentina, Belice, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana y Venezuela.

Por otra parte, la CNUCC ha sido firmada por 140 países y ratificada en la actualidad por 169.⁶⁶ En relación a lo dispuesto en el art. 20 del citado documento internacional se tiene constancia de que los mismos países latinoamericanos citados anteriormente, más 35 países situados en otros continentes han introducido el enriquecimiento ilícito como delito dentro de sus legislaciones penales: En África, Argelia, Angola, Benín, Botswana, Burundi, Etiopía, Egipto, Lesoto, Madagascar, Malawi, Nigeria, Ruanda, Senegal, Sierra Leona, Gabón, Uganda y Zambia; en Asia, Bangladesh, Bután, Brunei, China (continental, Hong-Kong y Macao), Camboya, India, Malasia, Nepal, Pakistán, Yemen, Jordania, Filipinas y Cisjordania; y en Europa,⁶⁷ Albania, Chipre y Macedonia.⁶⁸

⁶² Art. 21.2. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1986).

⁶³ Pablo Martín Rodríguez, *Flexibilidad y tratados internacionales*, op. cit., p. 192.

⁶⁴ José Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, op. cit., p. 173.

⁶⁵ Este es el status de firmas y ratificaciones de la CICC a fecha 15 de septiembre de 2014.

⁶⁶ Este es el status de firmas y ratificaciones de la CNUCC a fecha 15 de septiembre de 2014.

⁶⁷ El Informe CAC/cops/irg/2013/10 dictado en el marco de la conferencia de los Estados parte de la CNUCC de fecha 12 de marzo de 2013, sostiene que la mayoría de los países europeos informaron que las limitaciones constitucionales han impedido la tipificación del enriquecimiento ilícito como delito en sus respectivas legislaciones penales. En concreto, los obstáculos se relacionaban con la carga de la prueba, la presunción de inocencia y otras particularidades de sus ordenamientos jurídicos.

⁶⁸ Véase Lindy Muzila, Michelle Morales, Marianne Mathias, Tammar Berger, *On the take. Criminalizing illicit enrichment to fight corruption*, Stolen Asset Recovery Initiative, Banco Mundial-UNODC, 2012, pp. 67-88.

Sin embargo, países signatarios de los convenios internacionales antes señalados como los de Canadá y Estados Unidos, al notificar la ratificación y aceptación formal de ambos documentos a sus respectivos organismos de control, han manifestado la intención de no tipificar el enriquecimiento ilícito debido a que la sanción de este delito podría vulnerar sus respectivas constituciones al implicar una inversión de la carga de la prueba, decisión que se ha materializado a través de la presentación de expresas reservas. Puede definirse a la reserva como una declaración unilateral hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación con ese Estado.⁶⁹ Esta institución se encuentra regulada normalmente en un apartado de cada instrumento internacional, y en su defecto por las disposiciones que existen al respecto en los arts. 19 al 23 de la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados.

En ese sentido, el gobierno de Canadá ha manifestado en las reservas presentadas en ambos convenios que si bien es una obligación de un Estado parte tipificar el delito de enriquecimiento ilícito “con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico”, no aplicaría el delito previsto en los arts. IX de la CICC y 20 de la CNUCC en razón a que obraría en contra de la presunción de inocencia garantizada por la Constitución de Canadá y los principios de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá.⁷⁰ De igual modo, los Estados Unidos de Norteamérica ha realizado reservas a los respectivos arts. IX y 20, en las que enfatiza primeramente la importancia de combatir el enriquecimiento indebido de los funcionarios, pero señala que actualmente cuenta con leyes penales para impedir o castigar dicha conducta. Además, manifiesta que esas leyes obligan a los funcionarios superiores del gobierno federal a presentar declaraciones financieras verdaderas, obligación que de no cumplirse está sujeta a sanciones penales. Estas

leyes permiten el enjuiciamiento de los funcionarios del gobierno federal que han evadido impuestos sobre riqueza obtenida ilícitamente. Sin embargo, el delito tal y como se establece en los convenios impone —según este país— la carga de la prueba sobre el demandado, lo cual es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos y los principios fundamentales de su sistema jurídico, por lo que de esa manera no se encuentra obligado a establecer un nuevo delito penal de enriquecimiento ilícito dentro de su ordenamiento penal interno.

Como puede observarse, estos dos Estados han optado por aplicar el procedimiento de las reservas con el fin de abstenerse de cumplir la obligación de tipificar el delito de enriquecimiento ilícito dentro de sus legislaciones internas. Es destacable la intención de estos Estados de utilizar a las reservas para expresar la decisión de sus respectivos congresos de no tipificar el referido delito, pero cabe puntualizar que aunque la cláusula de salvaguarda y las reservas son declaraciones unilaterales para excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado, ambas son instituciones diferentes con procedimientos propios. La primera diferencia que existe entre la reserva y la cláusula de salvaguarda, es que la reserva se manifiesta como un acto unilateral exterior al texto del tratado que se le añade “desde afuera” al acto convencional⁷¹ y forma parte de los mecanismos de flexibilización *ab extra*. En cambio, las cláusulas de salvaguarda son mecanismos de flexibilización *ab intra*, es decir, son estipulaciones que los Estados incorporan dentro de los tratados con el fin de suavizar el grado de rigor de una obligación convencional.

La segunda diferencia radica en que las reservas se pueden interponer a cualquier disposición del tratado, siempre y cuando dicha facultad no esté prohibida o limitada por el propio tratado,⁷² y las cláusulas de salvaguarda sólo producen sus efectos de acuerdo a la disposición convencional a la que está unida. La tercera diferencia se refiere a la admisibilidad de la

⁶⁹ Javier Quel López, *Las reservas a los tratados internacionales*, Bilbao, Servicio Editorial del País Vasco, 1991, p. 23. Del mismo modo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1986) define a las reservas en su art. 2.1.d.

⁷⁰ Reservas de Canadá. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen. *Vid.* www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories-declarations-reservations. Así también, en: Convención Interamericana contra la Corrupción. Informe B-58 Ratificaciones y Reservas. *Vid.* <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-58.html>.

⁷¹ Fernando Mariño Menéndez, *Derecho internacional público*, *op. cit.*, p. 279.

⁷² Art. 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1986): “Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él, a menos: a) que esté prohibida por el tratado, b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figura la reserva de que se trate, o c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado”.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

reserva o aceptación. Toda reserva interpuesta a un tratado deberá ser aceptada por el órgano competente encargado del convenio o tratado, y surtirá efectos cuando ningún Estado o la misma organización internacional no formule objeción acerca de ella.⁷³ Para la aplicación de las cláusulas de salvaguarda todo Estado debe realizar primeramente un debate legislativo cuya conclusión emita los fundamentos jurídicos sobre la decisión de no dar cumplimiento a una disposición convencional y surte sus efectos una vez que el órgano encargado del tratado reciba oficialmente dicha manifestación.

Por lo que se refiere a los demás países contratantes que han ratificado las CICC y CNUCC y no hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, como tampoco realizado el procedimiento de aplicación de la cláusula de salvaguarda, estarían incurriendo —según nuestra opinión— en una grave violación a las disposiciones de los arts. IX y 20 de ambos convenios. Se puede entender que existe una disconformidad entre la conducta omisiva desplegada por estos Estados y la exigida en la obligación internacional, situación que amerita la imputación a los mismos de un hecho ilícito internacional⁷⁴ que generaría desde ese momento la aplicación de las normas jurídicas sobre responsabilidad internacional de los Estados.⁷⁵ Esta consecuencia resulta de una idea aceptada en la comunidad internacional de que los incumplimientos de los tratados no presentan particularidad alguna con respecto a la de cualquier ilícito internacional, por lo que en esta rama jurídica no puede hablarse de la distinción existente en los sistemas jurídicos internos de los Estados entre una responsabilidad contractual (derivada de los tratados internacionales) y una responsabilidad extracontractual.⁷⁶

La desventaja que presenta el sistema jurídico de ambos convenios es que carecen de medios para sancionar a los países que incumplen el mandato establecido en la norma internacional que contempla el delito de enriquecimiento ilícito (la tipificación de este delito o, en su defecto, la aplicación del procedimiento tendiente a hacer efectivo la cláusula de salvaguarda). Esta circunstancia refleja que los convenios internacionales sobre corrupción requieren una urgente revisión y modificación de su texto, siendo necesaria la introducción de normas imperativas sancionadoras y órganos competentes que ejerzan el control y verificación del cumplimiento de las disposiciones normativas por parte de los Estados contratantes, y en caso de incumplimiento, impongan las debidas sanciones. De ahí que los Estados partes de un tratado y la propia organización internacional que lo impulsa deben convenir y procurar en el futuro la creación de un órgano competente que posea el ejercicio del poder de control de las disposiciones del tratado.

Actualmente, las CICC y CNUCC sólo cuentan con un sistema de control administrativo consistente en un mecanismo de seguimiento que analiza el grado de cumplimiento interno en cada Estado parte, y los resultados son regulados y debatidos en el seno de conferencias de Estados parte. En relación a ello, la CICC ha creado el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), siendo una herramienta de carácter gubernamental que apoya a los Estados parte en la implementación de las disposiciones de la convención mediante evaluaciones recíprocas que luego son analizadas por un comité de expertos en reuniones periódicas llamadas “rondas”.⁷⁷

⁷³ Antonio Remiro Brotons. *Derecho internacional público, op. cit.*, p. 208. “Con la reserva se comunica a través del depositario, mera correa de transmisión, a los demás sujetos contratantes y facultados para llegar a ser partes, con el propósito de informarles y, en la generalidad de los casos, a dar pie a su reacción”. En ese sentido, el art. 20.5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1986) expresa: “A menos que el tratado disponga otra cosa, se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado o una organización internacional cuando el Estado o la organización internacional no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior”.

⁷⁴ Cesáreo Gutiérrez Espada, *El hecho ilícito internacional*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 39. “Un hecho ilícito internacional es un comportamiento de un sujeto de Derecho internacional que incumple una obligación, de hacer o no hacer, que le impone una norma internacional en vigor”.

⁷⁵ Miguel Ángel Martín López, *El incumplimiento de los tratados internacionales*, Córdoba, Servicio Editorial de la Universidad de Córdoba, 2003, p. 9.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 10.

⁷⁷ Sobre el MESICIC, *vid.* www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_intro_sp.htm. Actualmente participan del MESICIC los siguientes países: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Sin embargo, este mecanismo presenta dos debilidades. En primer lugar, evidencia la ausencia de una metodología común para la realización de evaluaciones, a lo que debe sumarse que no todos los países que forman parte de la MESICIC informan exhaustivamente sobre la acciones que desarrollan para combatir la corrupción; y en segundo lugar, se evalúa la puesta en práctica de las recomendaciones sugeridas pero no los efectos que de ellas se derivan⁷⁸.

Por su parte, la CNUCC ha establecido la realización de conferencias de Estados parte como órgano de control de la aplicación de las normas de la convención en los países que lo han ratificado, según lo dispone el art. 63 del citado convenio internacional⁷⁹. Sin embargo, este método de control ha resultado insatisfactorio, en primer lugar, debido a que los países que han firmado la CNUCC no han llegado a un acuerdo sobre cómo evaluar de forma independiente el avance los países en la aplicación de la convención;⁸⁰ y en segundo lugar, si un Estado incumple alguna disposición del citado convenio, su órgano de control y seguimiento sólo se limita a emitir recomendaciones sin fuerza coercitiva, por lo que su correcto cumplimiento depende de la exclusiva voluntad del Estado infractor. Por ello, se insiste en la implementación en las CICC y CNUCC de normas coercitivas y órganos de control que las apliquen, los cuales tendrían la misión de prevenir el incumplimiento de sus disposiciones mediante la posibilidad de imponer sanciones a los Estados que los hayan ratificado, siendo un ejemplo importante de esta propuesta lo dispuesto en los arts. 227⁸¹ y 228⁸² del Tratado de la Unión Europea. Esto sin duda ejercerá una presión sobre los Estados contratantes que incumplan disposiciones obligatorias,

lo cual hará que los mismos corrijan sus conductas y las adecuen al patrón normativo que se estima aplicable.⁸³

5. Conclusiones

Conscientes de que los enriquecimientos patrimoniales injustificados de los funcionarios constituyen un grave problema para todos los países y sus democracias, las distintas organizaciones internacionales han aceptado la necesidad de otorgar una respuesta contundente a estos hechos socialmente indeseables más allá de los contornos nacionales promoviendo la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito a través del Derecho internacional. Sin embargo, y a pesar de que en la actualidad existen instrumentos internacionales regionales y universales que prevén esta figura penal, no puede negarse el carácter controvertido de la misma en la comunidad internacional ya que muchas iniciativas sobre corrupción no la han previsto en sus textos, tal como ocurre en varios convenios relevantes sobre la materia impulsados por el Consejo de Europa y la Unión Europea que no exigen ni proponen su tipificación.

La falta de aceptación global del delito de enriquecimiento ilícito demuestra las reticencias y desacuerdos que han existido en algunas organizaciones internacionales acerca de las supuestas virtudes político criminales que depara su tipificación como delito, en contrapartida a otras figuras penales cuya inclusión en los convenios internacionales ha sido más pacífica, como el cohecho y el blanqueo de capitales, que sí han tenido un amplio consenso y respaldo político por parte de la comunidad internacional.

⁷⁸ Juana López, José Alfonso Alonso, "Respuestas normativas a escala internacional", en José Antonio Alonso, Carlos Mulas-Granados (coords.), *Corrupción, cohesión social y desarrollo*, Fondo de Cultura Económica de España, 2011, p. 84.

⁷⁹ Art. 63. 1. de la CNUCC: "Se establecerá una Conferencia de los Estados Parte en la Convención a fin de mejorar la capacidad de los Estados parte y la cooperación entre ellos para alcanzar los objetivos enunciados en la presente Convención y promover y examinar su aplicación".

⁸⁰ Juana López, José Alfonso Alonso, *op. cit.*, p. 92.

⁸¹ Art. 227 del Tratado de la Unión Europea: "Cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia, si estimare que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente tratado".

⁸² Art. 228 del Tratado de la Unión Europea: "1. Si el Tribunal de Justicia declare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia. 2. Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha tomado tales medidas, emitirá, tras haber dado al mencionado Estado la posibilidad de presentar sus observaciones, un dictamen motivado que precise los aspectos concretos en que el Estado miembro afectado no ha cumplido la sentencia del Tribunal de Justicia. Si el Estado miembro afectado no hubiere tomado las medidas que entrañe la ejecución de la sentencia del Tribunal en el plazo establecido por la Comisión, ésta podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia. La Comisión indicará el importe que considere adecuado a las circunstancias para la suma a tanto alzado o la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado. Si el Tribunal de Justicia declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva".

⁸³ Fernando Mariño Fernández, *Derecho internacional público*, *op. cit.*, p. 416.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

Esta circunstancia se aprecia en el hecho de que estas conductas delictivas se encuentran prácticamente en todas las iniciativas supranacionales sobre corrupción y las normas que las contemplan obligan a los países firmantes a tipificarlas en su derecho interno una vez realizado el acto de ratificación, exigencia que no ocurre con el delito de enriquecimiento ilícito por ser considerada en los convenios que la incluyen como una medida cuya tipificación debe ser considerada por los Estados, es decir, se sustenta en una norma de aplicación condicionada.

Además, cabe destacar que en las iniciativas internacionales que sí contemplan el delito de enriquecimiento ilícito (CICC, CUAC y CNUCC), su inclusión no ha estado exenta de polémicas debido a la controvertida

constitucionalidad y cuestionada naturaleza jurídica que presenta su tipo penal, por lo que desde un principio no tuvo una acogida favorable de todos los Estados que han participado en las discusiones previas a la redacción del texto definitivo de dichos instrumentos. Sólo se pudo lograr un consenso cuando las partes pactaron introducir una cláusula de salvaguarda en el precepto que define el enriquecimiento ilícito que exime a los Estados dar cumplimiento efectivo a lo dispuesto en él, siempre y cuando la tipificación de este delito conlleve un grave conflicto con los principios fundamentales de su ordenamiento interno. De esta manera, puede decirse que la previsión de la cláusula de salvaguarda ha permitido la proyección internacional del cuestionado delito de enriquecimiento ilícito.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal