

EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO

UNLAWFUL ENRICHMENT

*por: Efraín Torres Chaves
Ministro de la Corte Suprema
de Justicia y profesor
de la Universidad del Ecuador*



ABSTRACT

The author defines the concepts of wealth, enrichment, lawfulness and unlawfulness. Since Ecuador's Criminal Code does not specifically have the "unlawful enrichment" figure, the author focuses on those that could be applied. "Unlawful enrichment", according to the author, belongs to the "proper crimes" category, since high public officials, —when they actually do commit such a crime—, are those that truly enrich themselves at the State's expense, which they consider to be a "res nullius".

As the "unjust enrichment", it is thus a white collar crime, which is generic and poses problems regarding labour liberty, contract liberty and wealth liberty, all of them related to pure democracy.

RESUMEN

El autor define los conceptos de riqueza, enriquecimiento, licitud, ilicitud, los cuales enfoca hacia la respectiva subsunción de los tipos existentes en el Código Penal Ecuatoriano que, concreta y específicamente, no tiene una figura de "enriquecimiento ilícito". El enriquecimiento ilícito —según el autor— pertenece a la categoría de "delitos propios" ya que son los altos funcionarios públicos quienes se enriquecen, verdaderamente, a costa del Estado, al que consideran "res nullius".

Se trata, pues de un delito de cuello blanco, como es igualmente el de enriquecimiento "injustificado", que es genérico y que presenta un problema referente a la libertad de trabajo, a la libertad de contratación y a libertad de riqueza, que son atinentes a la democracia pura.

Vieja herida social es ésta del enriquecimiento ilícito. De tiempo en tiempo, la costra vuelve a lastimarse y, nuevamente, los Gobiernos y los pueblos, se ocupan de algo que ni es figura penal, per se, ni escapa a ninguno de los tipos delictivos "contra la propiedad".

Ante la inexactitud terminológica, por un lado y ante la evidencia de un fenómeno criminológico de alto contenido, por otro, es menester discutir sobre el "enriquecimiento ilícito".

No es, propiamente, un crimen que vulnera "la propiedad" en el sentido civil del término, ni invade derechos "patrimoniales". El enriquecimiento ilícito es, más bien, un delito económico, de las altas clases de todos los países.

En las figuras convencionales hay la obtención de lucro propio por una parte y el empobrecimiento ajeno, por otra.

En el enriquecimiento ilícito no hay tales normas diferenciales, como no hay tampoco la distinción carrareana de los dos grupos de "infracciones de lucro" frente a las "infracciones de daño" según que el empobrecimiento del caudal ajeno corres-

ponda o no a un enriquecimiento del propio.

A. Quintano Ripollés apuntó que desde un punto de vista criminológico, los delitos contra la propiedad presentan un carácter especial determinado por la casi absoluta supremacía de los factores sociológicos y esto no es así en los delitos de cuello blanco.

El "enriquecimiento ilícito" ha sido nombrado como "atracó" a los fondos públicos, por el lenguaje vulgar, sin que tal palabra sea, desde luego, sinónimo de robo violento.

La conciencia pública, actualmente, se ha dado perfecta cuenta que los mayores delitos económicos, son calificados como "altas finanzas" y sus autores, en lugar de ir a la cárcel son admirados y homenajeados. Edwin Sutherland definió al delito de cuello blanco como el realizado por una persona de respetabilidad y alto status socio-económico. Los delitos de "caballeros" han sido denominados también como "ocupacionales" "delincuencia en los negocios" y, desde luego, de "enriquecimiento ilícito".

El denominador común de lo que los franceses

llaman “criminalité des affaires” es que sean cometidos en las altas clases sociales, políticas y económicas que, como en el caso del Ecuador, casi jamás se han desvinculado entre sí.

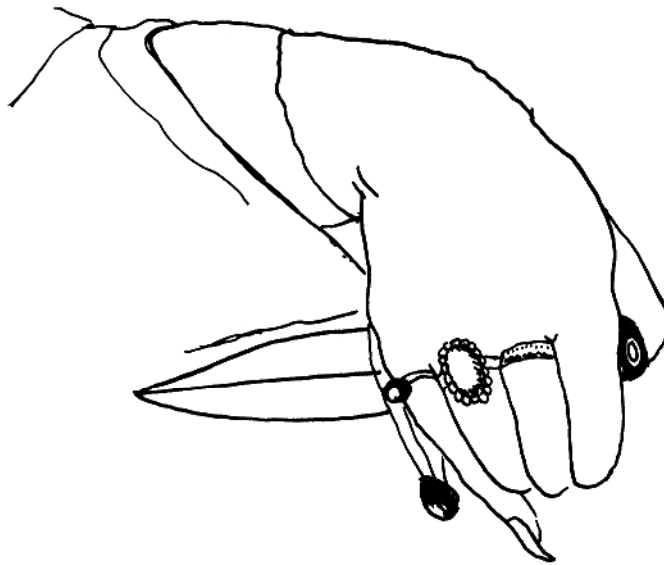
En Dogmática jurídico-penal, como dice Lolita Aniyar de Castro, los delitos de cuello blanco serían “delitos propios” porque no pueden ser cometidos por cualquier persona sino solamente por altos funcionarios públicos o banqueros o dirigentes económicos superiores.

La intuición profunda —de la que se ha hablado en Criminología— ha motivado la preocupación general hacia los comportamientos ilícitos mayúsculos y, paradójicamente, olvidados por el Derecho

LICITO:

Es lo permitido, lo legal, aquello que se realiza conforme a justicia y razón. Por contraposición lógica, “ilícito” es lo contrario a Derecho.

Si los Códigos Penales crearan tipos de “enriquecimiento ilícito” tendrían que ser figuras que contengan, necesariamente, el concepto gramatical y lógico enunciado. La conducta consistiría en el apropiamiento de una considerable cantidad de bienes de fortuna, porque no sería “enriquecimiento” el beneficio de una ratería o de un robo de menor cuantía.



Penal.

El “enriquecimiento ilícito” de los gobernantes, ha sacado de casillas al pueblo latinoamericano, porque ha comprendido, sin mayor análisis, su verdadero alcance. En efecto:

RIQUEZA:

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua, es abundancia de bienes; es fortuna, es respaldo económico o financiero, sólido y considerable. Consecuentemente, es antónimo de “pobreza” que es carencia de lo necesario para vivir; escasez; miseria, estrechez económica.

ENRIQUECIMIENTO:

Es la acción y efecto de enriquecerse, o sea, volverse rico; prosperar visiblemente en fortuna; acumular, efectivamente, bienes.

Para nada consideramos el aspecto moral del problema, pero en el orden práctico de las cosas, a mayor miseria, mayor despecho, mayor protesta. En el plano ideal, debe valer lo mismo un centavo que un millón, pero esto es propio de la Utopía. De otro lado, la natural envidia —que es muy natural— hace que “duelan” los “enriquecimientos ilícitos” a los que el trabajo no les enriquece nunca, pese a su dureza y constancia.

En tan manoseado asunto, se plantea un problema de Filosofía: Hay dos clases de enriquecimientos, el lícito y el ilícito. En una sociedad ociosa, cómoda, retardataria e injusta, como la nuestra, es muy lícito “enriquecerse” con una herencia, con una lotería, o por medio del juego de azar.

Con el régimen de la libre empresa, del libre comercio, de la libre oferta, el comerciante puede hacerse “ricó” con sus ganancias de modo lícito.

Igual ocurre con el industrial que con apoyo del ESTADO se hace verdaderamente rico, en po-

quísimo tiempo.

¿En dónde está la medida distributiva de la licitud de la riqueza? ¿quién da la división entre la ganancia lícita y la ilícita?

En el campo de la creación artística, se podría considerar ilícito el enriquecimiento del autor de un cuadro que lo vende en varios millones, si frente a él, otro artista no puede vender el suyo, ni en centavos?

En sociedades absolutamente competitivas, como las nuestras, en una democracia cualquiera, en donde la división entre ricos y pobres, es una calamidad esencial pero real, ¿por qué sería ilícito quien se sacó la lotería, viva en la opulencia, sin trabajar ni producir? ¿pero esto será moralmente ilícito?

La ley Penal, tiene como base la más elemental ética. El mundo de las normas es recogido por la pragmática jurídica y mientras miles de seres mueren de hambre, es lícito que el heredero de una fortuna, viva en el más completo ocio entregado a los vicios que la civilización moderna y el dinero facilitan?

La justa proporción de las ganancias, es posible en una sociedad burguesa y de libre empresa? ¿puede el Estado exigir un "secreto" industrial, por ejemplo, con el cual alguien se haya enriquecido? y si ese secreto resulta ilícito ¿se puede —aún en ese caso— obligar a una confesión?

El planteamiento del problema hace confluír en un mismo nivel, aspectos esencialmente diferentes: civil y penal; administrativo y financiero, democrático y socialista.

Por lo visto, el asunto es cuestionable y el Legislador debe pensar dos veces antes de crear una tipicidad equivalente al "enriquecimiento ilícito".

Es interesante anotar que en los delitos contra la propiedad tratados por el Código Penal Ecuatoriano en forma de hurto, robo, abigeato, extorsión, estafa, quiebra fraudulenta, usurpación y usura, no se contemplan divisiones para los casos que dichos delitos hubieran producido el **enriquecimiento**, lógicamente ilícito, de los autores y cómplices.

El robo, por ejemplo, es igual se ha servido solamente para que los reos hayan cubierto necesidades premiosas o para acumular fortuna, con el producto del delito.

En nuestra legislación hay latente el criterio del volumen del perjuicio para la aplicación de pena mayor o menor pero como ya se ha dicho, con razón y técnica, no existen delitos específicos de "enriquecimiento ilícito".

El Gobierno Militar del Ecuador, tuvo el deseo de moralizar la administración pública con la

creación de una figura delictiva que no existe: el enriquecimiento ilícito.

Se quedó en deseo, solamente, porque ni moralizó nada con los nefastos "Tribunales Especiales" ni creó la tipicidad del "enriquecimiento ilícito".

Nuestra legislación Penal, como todas las demás, tiene como circunstancia agravante el valor de las cosas en relación con la situación económica del agraviado y, correlativamente, como atenuante, si el perjudicado es rico.

Podría decirse que está implícito el delito de "enriquecimiento ilícito" en todos los delitos cometidos por los empleados públicos. El Código Penal Ecuatoriano reprime, severamente, el **abuso** de fondos públicos en el Art. 257.

El núcleo del tipo está dado por el verbo "abusar": (Usar mal o indebidamente) dineros públicos o privados.

La referencia normativa es en cuanto a la calidad de las personas, para la calificación de "empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público" y las formas que puede tener el delito, son explícitas.

Ya consista el abuso en desfalco.

Ya consista el abuso en malversación.

Ya consista el abuso en .disposición arbitraria.

Ya consista el abuso en alguna forma de peculado.

La palabra "ya" reparte las modalidades de la acción delictiva, de modo forzoso.

Es una conjunción distributiva que, por lógica, está íntimamente unida a los presupuestos y descripción inmediatamente anteriores.

Igual ocurre en el Art. 339 del Código Penal. Lo condicionante de la falsedad, es que sea cometida en las formas indicadas con la conjunción distributiva "ya", en la falsificación de documentos. En efecto, dice:

Ya por firmas falsas;

Ya por imitación o alteración de letras . . .etc.

Los dineros privados a que se refiere el Art. 257 del Código Penal, son aquellos que dejan los ciudadanos como impuestos, por ejemplo, y pueden ser dispuestos, arbitrariamente, por un funcionario o empleado.

Son dineros "privados", de igual manera, las finanzas que se depositan en el Banco Central y si un empleado de éste, las usara aún en inversiones del propio Banco, caería en malversación.

También son dineros "privados" los aportes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, como ya se anotó.

Pero como la mente legislativa gira en torno a

los fondos públicos, debe entenderse que el Código Penal ha incorporado las modalidades consagradas en la Ley de Hacienda, en el lenguaje técnico de Contraloría, en el concepto de las finanzas estatales, etc; para la descripción típica. Con los **fondos públicos**, puede haber:

DESFALCO:

Es un faltante doloso, establecido por fiscalización. De la simple glosa que puede ser desvanecida, se pasa, si no lo ha sido, al desfalco.

MALVERSACION:

Es un cambio de fines presupuestarios. Es una distracción de Partidas. Es con el dinero específico de algo, hacer otra cosa, aunque después se repongan las sumas tomadas, como calidad de préstamos.

DISPOSICION ARBITRARIA:

Cuando los fondos son destinados fuera de Presupuesto, es decir, sin sujeción al planeamiento que rige la vida del Estado en materia de ingresos y egresos, hay disposición arbitraria de fondos, aunque las cosas hechas sean lícitas.

CUALQUIER OTRA "FORMA SEMEJANTE":

De peculado en general. Es decir, alguna otra manera de atentar contra los dineros del ESTADO, pero sobre la base concreta que ha inspirado todo el artículo.

No solamente sería antitécnico, sino ilegal, hacer analogía y absorber todos los delitos de la misma línea, como robo, hurto, estafa, etc., porque pareciera así permitirlo, una declaración tan general "cualquier otra forma semejante".

La concusión en el Ecuador —igual que en la mayoría de los países— contiene las siguientes situaciones:

- a) Mandar percibir dinero u objetos;
- b) Exigir pago; y,
- c) Recibir obsequios, sueldos o gratificaciones.

El funcionario público que cometa cualquiera de esos actos, cae en "concusión" si es que hay el elemento subjetivo del injusto de "saber" que no eran debidos los derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones.

Si la concusión ha sido cometida por violencias y amenazas, la pena sube hasta seis años de prisión y la restitución del cuádruplo de lo indebidamente cobrado o aceptado.

No solamente los empleados públicos o las personas encargadas de un servicio público, pueden ser sujetos activos del delito, sino también los agentes o dependientes oficiales de aquellos.

Las mismas penas se aplicarán a los curas u otros eclesiásticos que exigieren diezmos, primicias o derechos parroquiales que no estuvieren autorizados por alguna Ley Civil.

De modo general, se trata de abuso de una función pública. Hay constreñimiento, esto es, violencia, extorsión, amenaza del poder, explotación de una necesidad, aspiración a una resolución favorable, etc.

El funcionario, el agente, el clérigo, deben tratar de sacar para sí mismos, para sus familias o allegados, un provecho o lucro, ilegales, arbitrarios, inmorales. El medio es el abuso de la función (metu publicae potestatis) como la de un juez que hace entrever sentencia en contra, si no media "un derecho" supuesto o un pago con cualquier disfraz, si se lo usa, porque muchas veces hay petición de frente, en la inmensa gama de venalidad humana.

En otras legislaciones, se diferencia la concusión de la corrupción de funcionarios, pero nuestra Ley —dada la redacción de este artículo— engloba en una sola figura ambos ilícitos, puesto que hay propiamente una definición, al describir las formas de "concusión" ya expuestas en la iniciación de este comentario. En el fondo, lo uno y lo otro conllevan un tráfico de autoridad.

La ley de las XII tablas imponía pena de muerte a los jueces prevaricadores y el Derecho posterior ha recogido en todos los países, en diversidad de formas típicas, el acto vil que en el viejo Derecho Francés se castigaba en la plaza pública.

Doctrinariamente, se ha discutido si esta clase de delitos son bilaterales, es decir, exigen la concurrencia de dos personas: corruptor y corrompido o si debe estimarse únicamente cometido por el funcionario, quedando impune el corruptor. Pero lo primero que se debe dilucidar es quién corrompe a quién. En otras palabras, en dónde estuvo la iniciativa y de dónde provino la presión. No se puede, pues, suponer siempre que el funcionario es el corruptor o al revés.

La Ley Ecuatoriana no distingue la corrupción "pasiva" de la "activa".

La corrupción "propia" es aquella por la cual el funcionario recibe paga por no cumplir su deber o violar la Ley en beneficio del pagador.

La corrupción "impropia" se contrae a un acto legítimo o legal, por el cual el funcionario recibe dinero u obsequios al cumplir su deber.

La concusión con violencias o amenazas es

esencialmente activa, propia y unilateral, puesto que la autoridad impone la contribución y la víctima debe aceptarla por absoluta necesidad.

“Recibir lo que sabían que no era debido” conlleva una humana flaqueza en el Juez o funcionario que no ha tenido la suficiente base moral para rechazar el regalo. Este segundo caso, es diferente al anterior en que se nota agresividad dolosa equiparable al que usa una pistola para obligar la entrega de dinero.

La palabra “concusión” viene del latín: *concusio-concussonis* y, semánticamente, indica la exacción arbitraria hecha por un funcionario público en provecho propio.

En el Diccionario de Legislación de Escriche, se encuentra:

“Concusión: La acción de un magistrado o juez que abusando de su poder cobra derechos injustos o vende la justicia, gracias y favores. Este es el delito llamado por los Romanos “*crimen repetundarum*” porque las cantidades así exigidas o tomadas estaban, como también ahora están, sujetas a “repetición”. La persona que da algo al magistrado para que no le haga justicia, tiene derecho a repetir, porque se cree que lo dio con ánimo de redimir la vejación y no de corromper al Juez; pero la que con sus dádivas trató de sobornar al funcionario público por arrancarle una decisión o providencia injusta, no tiene derecho a reclamar lo que hubiere dado, ni tampoco el juez se quede con ello, sino que va al tesoro público”.

En el Programa de Derecho Criminal de Carrara se apunta que la concusión constituye el hecho especial de los que obtienen lucro de otros (*metu publicae potestatis*: por medio del poder público).

De acuerdo con este maestro los elementos constitutivos del delito son:

- 1o. Que se haya obrado para obtener algún lucro;
- 2o. Que este lucro haya sido indebido; y
- 3o. Que con el fin de obtenerlo se haya empleado, como medio, la amenaza de un acto de autoridad pública.

Es aplicable la regla general, común a todos los casos en que la ganancia constituye el criterio esencial de un delito, es decir, que en su esencia **no debe distinguirse** si el lucro fue grande o pequeño o si consistió en dinero o en otra cosa apetecible.

El segundo elemento supone que el lucro fue “indebido” y así si el empleado público para hacerse pagar una deuda, se vale de su propio poder, comete abuso de autoridad o un uso arbitrario de su función, más no podrá ser acusado de “concusión”.

El tercer elemento, es la amenaza de un acto

de autoridad pública, lo que da lugar a la distinción entre “propia” e “impropia”.

Es propia cuando es verdadera la autoridad; y es concusión impropia, cuando la autoridad con que se amenaza, fue simulada.

Carrara, subdivide a la concusión propia en “implícita” y “explícita”. La primera cuando el empleado público amenaza con su poder si no se le da dinero y dice que es “explícita” cuando, además, el funcionario sabe y conoce, perfectamente, la injusticia de lo que va a realizar a cambio de lo pedido.

La forma más corriente y generalizada de enriquecimiento ilícito en toda América Latina, es por medio de los negocios con el Estado. Por desgracia, casi, no se encuentran ventas limpias, directas, sin **sobre precio**. Bajo la fórmula aparentemente simple —aquietadora de conciencia— que se cede, por voluntad propia, al Ministro, Director o Funcionario, una “parte” de la legítima ganancia, la verdad es que al llegar al Poder y buscar compra o venta con el Estado, es una misma cosa. Para muchos, el Fisco es una especie de “*res nullius*” “cosa de nadie” que cada quien puede retirar de él, en lo que más quepa, para propio y particular provecho. Razón hay para establecerse, por los estudiosos, que el público recibe con indiferencia esta clase de delitos, porque percibe mal el carácter delictivo de los negocios que enriquecen a los de alta clase política económica.

De tiempo en tiempo, los Gobiernos dan “acción popular” para denunciar a los llamados “acaparadores” que son quienes manejan el alza de los precios de los artículos de primera necesidad, para los cuales se exigen “listas” para exhibición pública. En estas campañas de publicidad gubernamental, los mayoristas que ya son **ricos** quedan intocados; los que han dirigido la especulación a nivel de Gobierno, se **enriquecen**; los minoristas o se sujetan a los límites fijados a los precios o condicionan las ventas de un artículo con otro, todo lo cual ni quita ni pone mayor cosa en sus pequeños negocios. La verdad es que la tal acción popular o la denuncia pública, a nadie convence y para nada sirve, porque ha sido la vieja fábula del lobo, en todas partes.

Cuando se adelanten las investigaciones que, sobre cuello blanco se realizan actualmente en América Latina, será más fácil concretar en el aspecto legislativo penal todo lo relacionado con el enriquecimiento ilícito que, en vista panorámica, dejamos esbozado. Esto quiere decir que el lirismo de la vieja figura llamada **CONCUSION** no funcionó nunca, eficientemente, en ninguna parte.