

# ASPECTOS INCONSTITUCIONALES DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.\*

Por

Rubén Maciel Guerreño\*\*

## Sumario

**(I)** Introducción. **(II)** El tipo legal del Enriquecimiento ilícito de funcionario público y su cuestionado origen legislativo. **(III)** El principio de legalidad y la definición de la conducta sancionada por el tipo penal del Enriquecimiento ilícito de funcionario público. **(IV)** El principio de inviolabilidad del derecho a la defensa en juicio y la indeterminación de la conducta sancionada por tipo penal del Enriquecimiento ilícito de funcionario público. **(V)** El Principio de inocencia y la presunción contenida en el tipo penal del Enriquecimiento ilícito de funcionario público. **(VI)** Conclusiones. **(VII)** Bibliografía citada y consultada.

---

\* Monografía presentada en el marco del curso de postgrado sobre “*Derecho Penal Económico*”, dirigido por el Prof. Dr. Jorge E. Boumpadre, en la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE), Corrientes, Argentina. Año 2003.

\*\* ABOGADO, egresado *Sobresaliente* de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica de Asunción (UCA, 2000). NOTARIO Y ESCRIBANO PÚBLICO, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (UNA, 2001). ESPECIALISTA EN DERECHO PROCESAL PENAL, egresado de la Facultad de Ciencias y Letras de la Universidad Católica de Coronel Oviedo (UC, 2002/2004). Postgrados en *Sistemas Penales*, Universidad de Buenos Aires, Argentina (UBA, Julio de 2003); y, en *Derecho Penal Económico*, Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, Argentina (UNNE, Agosto/Noviembre de 2003). Ex – Becario MAE – AECI durante el año académico 2004/2005, tiempo durante el cual cursó el *Master Europeo en Sistemas Penales y Problemas Sociales*, bajo la dirección del Prof. Dr. Roberto Bergalli, en la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona, España. SOCIO DIRECTOR de la firma RMG Abogados ([www.rmg.com.py](http://www.rmg.com.py)).

## **I. Introducción.**

Recientemente se ha cuestionado la constitucionalidad de la Ley, o mejor dicho, del Decreto que tipifica el hecho punible de Enriquecimiento ilícito de funcionario público en la legislación paraguaya. Esta discusión se generó a raíz de una acción de inconstitucionalidad planteada por un grupo de funcionarios de la Dirección General de Aduanas, institución pública cuyo índice de corrupción es el más elevado en el Paraguay. Pero esa controversia no es nueva en el derecho paraguayo, como tampoco lo es en la doctrina argentina.

Varios son los cuestionamientos formulados contra la tipificación del Enriquecimiento ilícito de funcionario público, si embargo, no todos serán objeto de análisis en este breve ensayo. El objetivo es enunciar de la forma más clara posible las circunstancias que ponen en duda la constitucionalidad del tipo penal en cuestión, tal cual como se halla definida en la legislación paraguaya. Para ello se ha realizado una investigación bibliográfica, tanto de autores paraguayos como argentinos.

Como primer punto, se realizará un breve bosquejo del origen normativo del tipo y su validez como fuente del Derecho Penal. Seguidamente se formularán las críticas a la tipificación legal del hecho y se explicará cómo los defectos dogmáticos en su redacción comprometen los principios de legalidad penal, de inviolabilidad del derecho a la defensa en juicio y de inocencia, todos consagrados en la Constitución Nacional y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, culminando el ensayo con una conclusión de los temas desarrollados.

A través de las objeciones apuntadas al tipo legal del Enriquecimiento ilícito, se intenta demostrar que muchas veces, aunque los fines sean buenos, no siempre los medios elegidos son los más adecuados y efectivos, mas aun cuando se recurre al poder punitivo del Estado como una herramienta mágica para solucionar todos los conflictos generados en una sociedad.

## II. El tipo legal del Enriquecimiento ilícito de funcionario público y su cuestionado origen legislativo.

En el ordenamiento jurídico paraguayo, el tipo legal del crimen de Enriquecimiento ilícito de funcionario tuvo un origen normativo muy particular y cuestionado, debido a la época y a la forma en que fue introducida al sistema penal paraguayo.

Es común que la definición normativa de una conducta punible sea facultad exclusiva y excluyente del Poder Legislativo, al menos en un Estado de Derecho que adopta como forma de gobierno el modelo republicano y democrático. Es por ello que un Derecho penal liberal reconoce como su única fuente productora a la Ley. Entendida ésta “en su sentido formal y más solemne”<sup>1</sup>, como lo afirma JIMÉNEZ DE ASÚA, ya que la Ley “es la manifestación de la voluntad colectiva expresada mediante los órganos constitucionales”<sup>2</sup> y es ella la que define los delitos y establece las sanciones.

El reconocimiento de la Ley como única y exclusiva fuente productora del Derecho penal, supone, en consecuencia, que “el Estado no puede castigar una conducta que no esté tipificada en las leyes, ni imponer pena que no esté en ellas establecida para el correspondiente delito.”<sup>3</sup> Sin embargo, el tipo legal del crimen de Enriquecimiento ilícito de funcionario o empleado público fue introducido en el ordenamiento jurídico-penal paraguayo por medio de un decreto de la Presidencia de la República: el Decreto N° 448 del 18 de marzo de 1940 “Por el que se previene y reprime el enriquecimiento ilegítimo”, compuesto originariamente por 17 artículos, que luego fueron modificados y otros derogados. No obstante, los artículos que definían la conducta punible permanecieron inalterables.

**Artículo 1°.** Todo funcionario o empleado de cualquier clase o jerarquía, sea designado por nombramiento o elección, que se enriqueciere directamente o por interpuesta persona, por el ejercicio ilegal o deshonesto de su cargo o de la influencia derivada del mismo, será castigado con prisión de uno a diez años o inhabilitación por el mismo tiempo<sup>4</sup>, siempre que el hecho no constituyere un delito más grave. Los que hicieren las dádivas que constituyen enriquecimiento ilegítimo y las personas interpuestas para hacerlas o recibirlas, serán castigadas con la mitad de las penas establecidas en el párrafo anterior.

**Artículo 2°.** Se considera enriquecimiento ilegítimo el aumento o acrecentamiento del patrimonio que no proviniere:

- a) De los emolumentos legales del cargo;
- b) Del ejercicio de profesión, oficio o trabajo lícito compatible con la función pública;
- c) Del aumento o acrecentamiento natural de los bienes que se tenían al iniciarla o que se adquirieran lícitamente después, de acuerdo con las declaraciones juradas prescriptas por el art. 8°<sup>5</sup> de esta Ley,

<sup>1</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho penal. La Ley y el Delito* (1958) 3ª ed. reimpresión. Abeledo-Perrot y Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1990, p.92

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> La inhabilitación no figura como pena en el nuevo Código Penal paraguayo de 1997. Ver Art. 37 CP.

<sup>5</sup> Derogado por el art. 104 de la Constitución de la República del Paraguay de 1992 y actualmente reglamentado por el art. 9° inc. f) de la Ley 276/93 “Orgánica y funcional de la Contraloría General de la República” y la Ley 196/93 “Que dispone que los candidatos a Presidente y Vice-presidente de la República y Gobernadores Departamentales, deberán efectuar declaración jurada de sus bienes.”

- d) De herencia, legado o donación, por causa extraña a la función, probada por escritura pública;
- e) De hechos fortuitos lícitos debidamente comprobados.

**Artículo 3°.** La prueba del enriquecimiento proviene de las causas mencionadas incumbe siempre al funcionario o empleado.

Pero no sólo el hecho de que un decreto haya dado origen al tipo legal en estudio es motivo de cuestionamiento, sino también la constitucionalidad del propio gobierno, ya que el Decreto N° 448 del 18 de marzo de 1940 fue dictado un mes después de que el entonces Presidente de la República del Paraguay asumiera plenos poderes políticos<sup>6</sup>, usurpando las funciones legislativas del Congreso que se autodisolvió por Ley N° 365 del 16 de febrero de 1940. Al respecto, el extinto ministro de la Corte Suprema de Justicia, el Dr. OSCAR PACIELLO CANDIA, concluía que por esas circunstancias “el Decreto N° 448 constituye un acto irregular, de un contenido inconstitucional, dictado por un gobierno usurpador”<sup>7</sup>, razón por la cual “jamás podría ser considerado como una fuente legítima de coacción penal”<sup>8</sup>. Concluía además que el Decreto N° 448/40 fue sancionado por un gobierno *usurpador* de clara inspiración ideológica fascista y no por un *gobierno de facto*. Por ende, los “actos producidos por un gobierno usurpador carecen de toda apariencia de legitimidad, son nulos, irritos, inexistentes.”<sup>9</sup>

Pero esa postura asumida por el Dr. PACIELLO CANDIA no fue unánime. Al contrario, gran parte de los juristas paraguayos reconocieron la validez del Decreto N° 448, argumentando que todos “los actos legislativos del Gobierno de Estigarribia durante el interregno entre el 18 de febrero de 1940 hasta el 10 de julio de 1940, fecha en que se promulgó la nueva Constitución, debe ser mirada bajo la óptica de los gobiernos de ‘facto’ y no de los gobiernos ‘usurpadores’”<sup>10</sup>. Mientras que otros restan importancia a la distinción hecha entre gobiernos usurpadores, de facto o constitucionales, en el caso de que el Congreso se autodisuelva.<sup>11</sup>

Los que sostienen la validez y vigencia del tipo penal del Enriquecimiento ilícito de funcionario o empleado público, alegan que el Decreto N° 448 del 18 de marzo de 1940 fue convalidado por la Ley N° 9/1948 que aprueba todos los *decretos-leyes* dictados por el Poder Ejecutivo desde el

<sup>6</sup> El día 18 de febrero de 1940 a las 8 de la mañana, desde su despacho del palacio de gobierno, el entonces presidente de la República del Paraguay, general José Félix Estigarribia, pronunció por radiotelefonía un discurso en que anunció al pueblo que asumía desde la fecha la responsabilidad total del poder político por el tiempo que consideraba necesario “para asegurar a la Nación Paraguaya orden y paz establecer y hacer posible su grandeza y prosperidad”. CARDOZO, Efraín. *Efemérides de la Historia del Paraguay* (1967) Ediciones Nizza. Asunción – Buenos Aires, p. 75.

<sup>7</sup> PACIELLO CANDIA, Oscar. *Nullum crimen sine lege. A propósito de la tentativa de aplicar un decreto fascista en un régimen que busca instaurar la democracia. El Decreto N° 448* (1989) Edición del autor. Asunción, p. 85.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid., p. 91.

<sup>10</sup> VASCONSELLOS, Julio Cesar. *El Decreto N° 448 del 18 de marzo de 1940 y su actual aplicabilidad*, en Revista Jurídica Paraguaya La Ley, t. 12, año 1989, p. 681.

<sup>11</sup> Cf. PRIETO, Justo José. *Prevención y represión del Enriquecimiento ilícito*, en Revista Jurídica Paraguaya La Ley, t. 12, año 1989, pp. 677 y ss. Afirma este autor: “Tal vez quepa señalar esta insólita circunstancia: un gobierno constitucional cuyo Poder Legislativo desaparece por causales resueltas por el mismo. El Jefe del Ejecutivo, ante una situación que crea el vacío de poder toma una determinación coherente, ‘en vista de la dimisión colectiva de los miembros de ambas cámaras’, como reza la parte dispositiva del Decreto N° 1. En consecuencia, la parte dispositiva del mismo decreto dice: ‘Asumo la plenitud de los poderes políticos del Gobierno de la República..., declaro subsistente el capítulo de la Constitución de 1870 relativo al Poder Judicial’. Por consiguiente, la ley que no ocupa toma la forma de un Decreto-Ley, institución no contemplada en la constitución de 1870. Esta denominación sólo tomaría carta legal con la Constitución de 1940.”

18 de febrero de 1940 hasta el 31 de marzo de 1948, y aclaran que la naturaleza del Decreto N° 448 “es en realidad la de un decreto-ley, es decir, la que caracteriza a toda ley material que en razón de no hallarse en funcionamiento el Congreso –sea cual fuere la causa de la inoperancia de éste– es dictada por el Poder Ejecutivo.”<sup>12</sup> Esta tesis fue reforzada cuando, en fecha 16 de noviembre de 1989, el Congreso de la Nación Paraguaya sancionó la Ley N° 61 que modificaba ciertos artículos del *Decreto con fuerza de Ley N° 448 del 18 de marzo de 1940 aprobado por Ley N° 9 del 31 de marzo de 1948*, reconociendo de ese modo la validez del tipo legal analizado. Así también, la Corte Suprema de Justicia, a través del Ac. y Sent. N° 349 del 25 de noviembre de 1992 reconoció la validez legislativa del Decreto N° 448.

### III. El principio de legalidad y la definición de la conducta sancionada por el tipo penal del Enriquecimiento ilícito de funcionario público.

Al cuestionar la constitucionalidad del delito de Enriquecimiento ilícito de funcionario público, tipificado por el art. 268 (2) del Código Penal argentino, MARCELO A. SANCINETTI sostiene que el principio de legalidad se ve afectado con la tipificación del delito en cuestión, ya que la conducta atribuida al sospechado no queda definida, pues “si el funcionario *no prueba* un origen legítimo del incremento patrimonial considerable, entonces, la modificación patrimonial tendrá su causafuente en *algún* hecho delictivo, uno que queda, como tal, indeterminado.”<sup>13</sup> Sencillamente se presume que el enriquecimiento es ilícito, sin especificarse en función a qué conducta se produjo dicho aumento patrimonial. Refiriéndose a ello, otro autor arguye que “presumir en sede penal un estado de culpabilidad mediante hechos sin identificar es, en verdad en la actualidad, una técnica perversa y repugnante a los principios generales del derecho penal.”<sup>14</sup>

Esta crítica aparentemente no sería aplicable a la tipificación del Enriquecimiento ilícito de funcionario público en la legislación paraguaya, puesto que el artículo 1° del Decreto n° 448 /40 sanciona a todo funcionario o empleado público “que se enriqueciere... por el ejercicio ilegal o deshonesto de su cargo o de la influencia derivada del mismo”. La formulación parece indicar que el enriquecimiento de un funcionario o empleado público es punible cuando proviene de un hecho calificado como *ejercicio ilegal o deshonesto de su cargo* o cuando el funcionario o empleado *hace uso de la influencia que le otorga su cargo*. Pero en realidad no es necesario determinar esos hechos.

El artículo 2° del Decreto N° 448 prescribe que se considera enriquecimiento ilícito el aumento o acrecentamiento del patrimonio que no provenga de circunstancias expresamente enumeradas. Por tanto, con acreditar que el aumento patrimonial no proviene de tales circunstancias, ya se considera o, mejor dicho, se presume que el enriquecimiento es ilícito. La aplicación de esta normativa conllevaría al siguiente razonamiento:

---

<sup>12</sup> Ibid. En el mismo sentido cf. VILLAREJO, José Santiago, *Acerca de un tema actual. El Decreto 448/40. Sobre enriquecimiento ilícito del funcionario público*, en Revista Jurídica Paraguay La Ley, t. 13, año 1990, p. 741.

<sup>13</sup> SANCINETTI, Marcelo A. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho* (2000). 2ª ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, p. 29.

<sup>14</sup> MIKKELSEN-LÖTH, Jorge Federico. *Enriquecimiento ilícito. El desafío para la Ciencia Jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar la corrupción en la administración pública* (2001) La Ley. Buenos Aires, p. 45.

Si el aumento patrimonial no proviene de los emolumentos legales del cargo; del ejercicio de profesión, oficio o trabajo lícito compatible con la función pública; del aumento o acrecentamiento natural de los bienes que se tenían al iniciarla o que se adquirieran lícitamente después; de herencia, legado, donación, por causa extraña a la función, probada por escritura pública; y de hechos fortuitos lícitos debidamente comprobados. **Entonces**, se considera que el enriquecimiento es ilícito.

Como se ve, se puede lograr la condena de un funcionario o empleado público, sin necesidad de especificar cuál es el *hecho ilícito* realizado por él con la finalidad de enriquecerse en forma indebida. Consecuentemente, la crítica formulada contra la tipificación del Enriquecimiento ilícito de funcionario público en el Código Penal argentino, es también aplicable a la legislación paraguaya por padecer del mismo defecto, aunque de forma más disimulada.

La no determinación de la conducta atribuida al funcionario como causante de su enriquecimiento ilícito, realmente constituye una grave afectación al principio de legalidad penal, pues la conducta prohibida queda así indefinida, en el aire como diría SANCINETTI. Justamente, unas de las finalidades políticas y jurídicas del principio de legalidad es determinar con precisión y claridad la conducta definida por el legislador como delito o crimen.

FERRAJOLI, al desarrollar los alcances de la definición legislativa, en el marco de una epistemología garantista del poder punitivo del Estado, establece como una condición el carácter *empírico o fáctico* de la hipótesis de desviación punible<sup>15</sup>. Esto implica que las desviaciones legalmente definidas no deben hacer referencia a aspectos personales o a hechos jurídicos, sino debe definir figuras de comportamiento empíricas y objetivas, es decir, debe definir conductas que puedan ser objetivamente verificadas y refutadas.

Este carácter empírico o fáctico de las leyes penales tiene un fundamento normativo en el artículo 9 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, aprobada por Ley N° 1/89 y con jerarquía superior a las leyes del Congreso, de conformidad a la prelación impuesta por el artículo 137 de la Constitución Nacional, la cual establece que “Nadie puede ser condenado por *acciones u omisiones* que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.” Esto obliga que la tipificación de todo hecho punible determine la acción u omisión punible, lo cual no ocurre con los artículo 1° y 2° del Decreto N° 448/40, ya que no regulan ninguna conducta y sólo constituyen como punible un estado patrimonial de enriquecimiento. Ahora bien, si la conducta es indeterminada, ¿cómo el funcionario sospechado puede refutarla?

#### **IV. El principio de inviolabilidad del derecho a la defensa en juicio y la indeterminación de la conducta sancionada por tipo penal del Enriquecimiento ilícito de funcionario público.**

El derecho a la defensa en juicio es una garantía procesal enunciada en el artículo 16<sup>16</sup> de la Constitución de 1992. El respeto a este derecho genera a su vez una serie de obligaciones a los órganos judiciales que deben ser cumplidas, so pena de ser declaradas nulas, conforme lo dispone el artículo 166<sup>17</sup> del nuevo Código Procesal Penal paraguayo. Una de ella es la determinación del

<sup>15</sup> *Derecho y Razón. Teoría del galantismo penal* (1999) 4ª ed. Editorial Trotta. Madrid, pp. 34 y ss.

<sup>16</sup> “La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable.”

<sup>17</sup> “Además de los casos expresamente señalados en este código, serán consideradas nulidades absolutas aquéllas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que este código

hecho o, mejor dicho, de la conducta que se imputa. En ese sentido, el Código Procesal Penal paraguayo, en su artículo 347 inciso 2, prescribe que la acusación deberá contener “la relación precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado.”

Únicamente la descripción detallada de la conducta atribuida permitirá al imputado o acusado ejercer su defensa. Por tal motivo, el delito de Enriquecimiento ilícito de funcionario, al no determinar la conducta prohibida, no permite al funcionario refutarla. En ese sentido, MIKKELSEN-LÖTH sostiene que los órganos públicos encargados de la persecución penal, al imputar la comisión de un hecho punible, deben determinar en forma singular la conducta delictiva, lo que no ocurre con la imputación de un enriquecimiento ilícito.<sup>18</sup>

Si la definición legislativa del tipo legal de Enriquecimiento ilícito de funcionario público no contiene una figura de comportamiento empírico y objetivo, no es susceptible de verificación o confutación. Un derecho penal garantista, según los postulados de FERRAJOLI, sólo puede imponer una pena por la comisión de un hecho o conducta unívocamente descrito y denotado como delito o crimen no sólo por la ley, sino también por la hipótesis de la acusación, de modo que resulte susceptible de prueba o de confutación judicial.<sup>19</sup>

El tipo legal del Enriquecimiento ilícito no sólo afecta el derecho a la defensa, al no especificar cuál es la conducta prohibida, sino que además afecta el estado de inocencia del que goza toda persona sospechada de la comisión de un ilícito, como se verá a continuación.

## **V. El Principio de inocencia y la presunción contenida en el tipo penal del Enriquecimiento ilícito de funcionario público.**

Las posibilidades de enriquecimiento de un funcionario son muy variadas y lógicamente infinitas, lo que implica que aun descartando como fuente de ingresos los supuestos enumerados en el artículo 2º del Decreto N° 448/40, es aun posible que el aumento del patrimonio del funcionario o empleado público pueda provenir de un hecho lícito, inclusive algunos autores reconocen que el enriquecimiento no necesariamente debe tener su origen en una conducta.

Sin embargo, a pesar de las infinitas posibilidades de aumento o acrecentamiento de un patrimonio, el artículo 2º del Decreto N° 448/40, sobre la base de una enumeración limitada, permite presumir la ilicitud del enriquecimiento, lo que en otras palabras supone presumir la culpabilidad del funcionario público. Peor aun, esta presunción se funda en un estado patrimonial y no en una conducta, pues lo único que se verifica es el aumento del patrimonio cuya causa se desconoce. En consecuencia, el artículo 2º del Decreto N° 448/40 genera una presunción de culpabilidad incompatible con la norma contenida en el artículo 17 inciso 1 de la Constitución Nacional y en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagran el derecho que tiene toda persona inculpada por la comisión de un hecho punible de que se presuma su inocencia mientras no se demuestre su culpabilidad.

---

establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución, el Derecho Internacional vigente y este código.”

<sup>18</sup> *Op. cit.*, p. 45

<sup>19</sup> *Op. cit.*, p. 36.

Pero no todos sostienen que la tipificación del Enriquecimiento ilícito de funcionario público viola el principio de inocencia. Recientemente, el Dr. EMILIO CAMACHO, actual senador de la República, defendió la tesis de que la presunción de inocencia cede ante la supremacía del interés general, ya que el funcionario público se ve obligado a demostrar el origen de sus bienes y si no prueba su legalidad, se estaría demostrando su culpabilidad<sup>20</sup>. Los argumentos dados por el senador CAMACHO reconocen su fuente en viejas argumentaciones formuladas por RAFAEL BIELSA en el año 1938.

RAFAEL BIELSA, al defender la constitucionalidad del delito de Enriquecimiento ilícito en la Argentina, sostuvo que el funcionario público, al aceptar el cargo o empleo, implícitamente acepta el régimen unilateralmente establecido por el Estado. Esto significa que el candidato que acepta ocupar un cargo o empleo público, está aceptando también someterse al régimen de vigilancia que le impone el Estado<sup>21</sup>. Por ende, se le puede obligar a justificar el origen o aumento de su patrimonio y si no lo justifica es válido presumir su culpabilidad.

Ante tal argumento, fundado en la aceptación voluntaria del cargo de funcionario o empleado público y en la autonomía del Estado en imponer en forma unilateral las consecuencias derivadas del ejercicio de la función pública, SANCINETTI afirma que las garantías penales y procesales consagradas en la Constitución no son disponibles<sup>22</sup>. Esto es lógico, de lo contrario que sentido tendría incluir en el texto constitucional tales garantías si el órgano administrador se viera facultado a establecer excepciones. Por ejemplo, le está vedado al Estado estipular como una regla contractual del derecho administrativo que en caso de duda acerca de si un funcionario público ha cometido un hecho punible, se tendrá el hecho por probado, y al autor por culpable, pues ello implicaría una violación al principio *in dubio pro reo*, derivado del principio de inocencia que, en nuestra Constitución, está consagrado en el artículo 17 inciso 1<sup>23</sup>. Tampoco podría, en un caso extremo, prever el uso de la tortura para indagar eventuales hechos punibles cometidos por funcionarios públicos, lo que configuraría una violación al artículo 5<sup>24</sup> de la Constitución Nacional.

De la crítica formulada por SANCINETTI, se puede concluir que no se puede invocar el *sometimiento voluntario al régimen contractual de la función pública*, para presumir la culpabilidad del funcionario cuyo enriquecimiento no proviene de las causales previstas y enumeradas por el artículo 2º del Decreto N° 448 del 18 de marzo de 1940.

Otra circunstancia vinculada a la presunción de inocencia es la carga de la prueba, la que necesariamente recae en el órgano acusador, en razón a que debe destruir el estado de inocencia del que goza el sospechado. Pero a pesar de ello, el artículo 3 del Decreto-Ley N° 448/40, aprobado por Ley N° 9/48, establece que “La prueba de que el enriquecimiento proviene de las causas mencionadas incumbe siempre al funcionario o empleado.” Como se ve, esta disposición, además de ser incompatible con el artículo 17 inciso 1º de la Constitución Nacional, es violatoria

<sup>20</sup> *La presunción de inocencia ante la protección de la sociedad y del patrimonio público*, en Camacho, Emilio y Lezcano Claude, Luis (Comps.) *Comentario a la Constitución Tomo II. Homenaje al Décimo Aniversario* (2002) Corte Suprema de Justicia. Asunción, pp. 81 y 82.

<sup>21</sup> Cf. BIELSA, Rafael. *El enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos. A propósito de un proyecto de ley represiva*, en *Anuario del Instituto de Derecho Público* (1938), t. I, año 1, Buenos Aires, p. 484.

<sup>22</sup> *Op. cit.*, p.25.

<sup>23</sup> “**De los derechos procesales.** En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 1) que sea presumida su inocencia;...”

<sup>24</sup> “**De la tortura y de otros delitos.** Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”

de la garantía constitucional consagrada en el artículo 18, que establece que “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo...”. Al respecto, SANCINETTI aclara que “si bien el imputado *tiene el derecho* a autoincriminarse, si así le place, *no puede obligarse* contractualmente a renunciar a invocar este principio en caso de cometer un delito durante el cumplimiento del contrato.”<sup>25</sup>

Con respecto al artículo 3° del Decreto N° 448/40, si bien es claramente inconstitucional, el mismo actualmente ya se halla derogado en forma implícita.

El artículo 53 del actual Código Procesal Penal paraguayo establece que “La carga de la prueba corresponderá al Ministerio Público...”, la cual es totalmente incompatible con el artículo 3° del Decreto N° 448/40 que establece que la “prueba de que el enriquecimiento proviene de las causas mencionadas... incumbe siempre al funcionario o empleado.” Como se advierte, el Código Procesal Penal dispone que la prueba sea obligación del Ministerio Público y no del acusado; en cambio, el Decreto N° 448/40 establece que es el acusado el que debe probar que su enriquecimiento es lícito.

Sin embargo, la citada norma del Código Procesal Penal, a pesar de haber sido posterior en el tiempo, no deroga este último artículo, ni expresa ni tácitamente. Pero esta situación fue superada con la sanción y promulgación de la Ley N° 1.444/99 “Que regula el período de transición al nuevo sistema procesal penal”, la que en su artículo 18 dispuso que “Desde el día 9 de julio de 1999 quedarán derogados... 4) Las demás disposiciones legales contrarias al nuevo Código Procesal Penal.” Como se advierte, este artículo deroga en forma genérica y tácita todas las normas contrarias al nuevo Código Procesal Penal, siendo una de ellas el artículo 3° del Decreto N° 448/40 por su incompatibilidad con el artículo 53. En consecuencia, la norma derogada es expulsada para siempre del sistema, al decir de JUAN CARLOS MENDONÇA.<sup>26</sup>

## VI. Conclusiones.

Como bien lo advierte BOUMPADRE, la corrupción pública es un fenómeno nefasto que vicia las instituciones políticas latinoamericanas y amenaza la democracia<sup>27</sup>, en especial, la estabilidad de nuestra frágil democracia paraguaya. Por ello la corrupción pública constituye uno de los inconvenientes y obstáculos más importantes para la gobernabilidad de nuestra sociedad. Como tal la corrupción pública es fuente generadora de una serie de conductas y situaciones que afectan la credibilidad de la administración pública y de las funciones legislativas y judiciales.

Un hecho generado por la corrupción pública es el súbito e importante crecimiento patrimonial del funcionario o empleado público, producido durante el ejercicio de sus funciones, sin la justificación debida. Por supuesto, este incremento patrimonial injustificado provoca en la ciudadanía una seria sospecha acerca de la honestidad del funcionario o empleado enriquecido.

---

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 25.

<sup>26</sup> *Conocimiento, validez y derogación de normas jurídicas* (2000) Editorial Litocolor. Asunción, p. 75.

<sup>27</sup> *Delitos contra la administración pública. Doctrina y Jurisprudencia* (2001) Mario A. Viera Editor. Corrientes, p. 337.

Justamente, con la finalidad de prevenir y reprimir este tipo de situación anormal en el ejercicio de la función pública, varias legislaciones latinoamericanas<sup>28</sup>, tales como la de Argentina, México, El Salvador y Paraguay, incorporaron como un hecho punible el enriquecimiento ilícito de funcionario público. Aunque la finalidad es loable, no significa que el medio utilizado sea adecuado para el logro de tales fines, más aun cuando se afectan garantías constitucionales básicas alegando la intención de erradicar la corrupción pública.

En el caso paraguayo, la tipificación del Enriquecimiento ilícito de funcionario público fue cuestionada por su origen mismo, puesto que fue incorporada al ordenamiento jurídico-penal a través de un Decreto de un gobierno que se arrogó funciones legislativas. Desconociéndose así a la Ley como única fuente productora del Derecho penal. A pesar de ello, esa circunstancia fue en cierto modo subsanada por la Corte Suprema de Justicia, a través del Ac. y Sent. N° 349 del 25 de noviembre de 1992, al reconocer que tal Decreto fue “convalidado” por una Ley del Congreso, aunque ello sea aun objeto de discusión.

Pero no sólo se cuestiona la fuente normativa del tipo legal del Enriquecimiento ilícito de funcionario, sino su tipificación misma. Uno de los cuestionamientos mas graves y que afecta el principio de legalidad, consagrado por el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consiste en la falta de determinación de la conducta ilícita generadora del enriquecimiento. Esto se debe a que el artículo 2° del Decreto N° 448/40 establece que se considerará como enriquecimiento ilícito todo aumento patrimonial que no provengan de ciertas y determinadas fuentes de ingreso económico, las que una vez acreditadas, permiten suponer la culpabilidad del funcionario público, sin especificar qué conducta ilícita fue la que causó el enriquecimiento.

Al no especificarse la conducta presumida, es muy difícil, por no decirlo imposible, defenderse de una acusación que nada más se limita a atribuir un estado patrimonial determinado y no una conducta punible. Cabe recordar que es obligación de los órganos encargados de la persecución penal determinar con precisión los hechos (entiéndase acción u omisión) imputados a una persona. Esta situación afecta el derecho a la defensa consagrada por el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Por último, se critica igualmente que el artículo 2° del Decreto N° 448/40, al permitir presumir la ilicitud de un enriquecimiento que no provenga de ciertas causas, está presumiendo la culpabilidad del funcionario sin demostrar cuál es el hecho ilícito que le permitió enriquecerse en forma indebida, lo que supone una violación directa del principio de inocencia consagrado en el artículo 17 inciso 1 del Constitución Nacional y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ante tales objeciones de índole constitucional, se concluye que el tipo penal del Enriquecimiento ilícito de funcionario público, tipificado por los artículo 1° y 2° del cuestionado Decreto N° 448/40 es inconstitucional por ser incompatible con las normas citadas más arriba, aunque su finalidad sea la erradicación de la corrupción.

---

<sup>28</sup> Ver VILLADA, Jorge Luis. *Delitos contra la función pública* (1999) Abeledo-Perrot. Buenos Aires, pp. 381 y 382.

## VII. Bibliografía citada y consultada.

- BUOMPADRE, Jorge Eduardo. *Delitos contra la administración pública. Doctrina y Jurisprudencia* (2001) Mario A. Viera Editor. Corrientes.
- CAMACHO, Emilio y LEZCANO CLAUDE, Luis (Comps.) *Comentario a la Constitución. Tomo II. Homenaje al Décimo Aniversario* (2002) Corte Suprema de Justicia. Asunción.
- CARDOZO, Efraín. *Efemérides de la Historia del Paraguay* (1967) Ediciones Nizza. Asunción – Buenos Aires.
- DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la administración pública* (2002) Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del galantismo penal* (2000) 4ª ed. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Editorial Trotta. Madrid.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho penal. La Ley y el Delito* (1990) 3ª ed. reimpresión. Abeledo-Perrot y Editorial Sudamericana. Buenos Aires.
- MENDONÇA, Juan Carlos. *Conocimiento, validez y derogación de normas jurídicas* (2000) Editora Litocolor. Asunción.
- PACIELLO CANDIA, Oscar. *Nullum crimen sine lege. A propósito de la tentativa de aplicar un decreto fascista en un régimen que busca instaurar la democracia. El Decreto N° 448* (1989) Edición del autor. Asunción.
- PRIETO, Justo José. *Prevención y represión del Enriquecimiento ilícito*, en Revista Jurídica Paraguaya La Ley, t. 12, año 1989, pp. 677 y ss.
- SANCINETTI, Marcelo A. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho* (2000) 2ª ed. inalterada. Ad-Hoc. Buenos Aires.
- VASCONSELLOS, Julio Cesar. *El Decreto N° 448 del 18 de marzo de 1940 y su actual aplicabilidad*, en Revista Jurídica Paraguaya La Ley, t. 12, año 1989, pp. 681 y ss.
- VILLADA, Jorge Luis. *Delitos contra la función pública* (1999) Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
- VILLAREJO, José Santiago. *Acerca de un tema actual. El Decreto 448/40. Sobre enriquecimiento ilícito del funcionario público*, en Revista Jurídica Paraguaya La Ley, t. 13, año 1990, pp. 739 y ss.