

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO
Maestría con mención en Derecho Penal



Título de la Tesis:

“El bien jurídico específico en el delito de Enriquecimiento Ilícito”

Autora:

Cecilia Alexandra Pezo Roncal

Grado académico:

Magíster

Asesor de Tesis:

Dr. Yván Fidel Montoya Vivanco

Miembros del Jurado:

Dr. Raúl Pariona Arana

Mg. Erick Vladimir Guimaray Mori

Lima - 2014



*A mi MADRE,
por su incomparable amor, apoyo e infinita paciencia.*

Agradecimientos

Esta tesis es el resultado de la investigación académica que realicé durante mi desempeño como estudiante de la Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), para obtener el grado de Magíster. Dicho resultado no solo es el producto de un esfuerzo individual sino, además, del importante apoyo recibido de varias personas.

En tal sentido, no puedo dejar de agradecerle profundamente al Dr. Yván Montoya Vivanco -asesor de la tesis-, por expresarme su confianza cuando aceptó dirigirme en este camino no obstante las ocupaciones profesionales que siempre lo acompañan. Sobre todo, por su generosidad académica, su guía crítica, respetuosa y constructiva; y -no menos importante- por incentivarme a realizar mis estudios en la Maestría de Derecho Penal cuando se desempeñó como Coordinador de la misma.

También quiero expresar mi gratitud al Prof. Vladimir Padilla Alegre, por su apoyo y constante preocupación, por creer en mi capacidad académica y profesional, y por su amistad. En ese mismo sentido, al Dr. Iván Meini Méndez, al Dr. Raúl Pariona Arana y al Dr. José Ávila Herrera, por sus valiosos comentarios y aportaciones cuando, en su momento, tuvieron a su cargo la docencia de los cursos de Seminario de Tesis que llevé a cabo en la maestría.

Así mismo, gracias:

A la Escuela de Posgrado de la PUCP, por los reconocimientos que me fueron otorgados en mi calidad de alumna de la maestría y que significaron un incentivo importante durante dicha etapa.

Al Instituto Italiano de Cultura -donde he realizado parte de la redacción de esta tesis-, por el espacio brindado. Especialmente a Giampaolo Molisina y Michele Di Biagio -miembros y docentes del Instituto-, por su generosa disposición.

A mi hermano Fernando y a mi gran amiga -y hermana- Angela Gianino, por su esencial contención. Y a todos aquellos amigos que me manifestaron siempre su confianza en que este trabajo llegaría a buen puerto.

A mi mamá, por cada día de mi vida y por dedicarme cada día de la suya, por absolutamente todo.

“EL BIEN JURÍDICO ESPECÍFICO EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO”

INTRODUCCIÓN	2
--------------	---

PRIMERA PARTE

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL FIN DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL: EL BIEN JURÍDICO

I. Fin del Derecho Penal. Entre las teorías más representativas	4
1. Teoría de la vigencia de la norma o de las expectativas normativas	6
2. Teoría de los bienes jurídicos	12
3. Postura personal. Una visión ecléctica	19
II. Concepto de bien jurídico	28
1. Breve revisión a la doctrina	29
1.1. Noción positivista	29
1.2. Concepto material	30
1.3. Concepto social	30
1.4. Teoría personalista	33
1.5. Concepto de Lascuráin	34
2. Postura personal	35
III. Acerca de los bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos supraindividuales y/o colectivos	38
1. De la protección de los bienes jurídicos supraindividuales y/o colectivos. Postura personal	43
2. Bienes jurídicos supraindividuales y/o colectivos y principio de lesividad	45

SEGUNDA PARTE

EL BIEN JURÍDICO ESPECÍFICO EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

I. Delitos contra la Administración Pública: La relevancia de la protección penal de la Administración pública _____	49
1. Previas reflexiones en torno a la finalidad prestacional de la Administración Pública _____	53
2. Administración Pública. Concepto y fines _____	56
3. Bienes jurídicos en los delitos contra la Administración Pública _____	59
3.1. El bien jurídico genérico en los delitos contra la Administración Pública _____	60
3.2. Bienes jurídicos específicos en los delitos contra la Administración Pública _____	62
II. El delito de Enriquecimiento Ilícito en el Perú _____	67
1. Antecedentes normativos del tipo en nuestro ordenamiento. Breve referencia a la norma Constitucional _____	69
2. La tipificación del enriquecimiento ilícito en la legislación comparada _____	71
2.1. Panamá _____	71
2.2. Costa Rica _____	72
2.3. Venezuela _____	73
2.4. México _____	73
2.5. Puerto Rico _____	74
2.6. Ecuador _____	75
2.7. Paraguay _____	75
2.8. Argentina y Colombia. Los denominados antecedentes normativos inmediatos de nuestra legislación respecto del tipo _____	76
2.8.1. Argentina _____	76
2.8.2. Colombia _____	80
3. El tipo penal según la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) _____	83
4. El tipo penal en nuestro ordenamiento. Algunos comentarios a sus modificaciones en el tiempo _____	86
III. La calidad de funcionario público y su posición frente a la Administración Pública como fundamento del tipo penal. El rol y el deber de garante _____	91
1. Aspectos generales acerca del rol y el deber de garante en los delitos especiales _____	91
2. La calidad de funcionario público _____	98

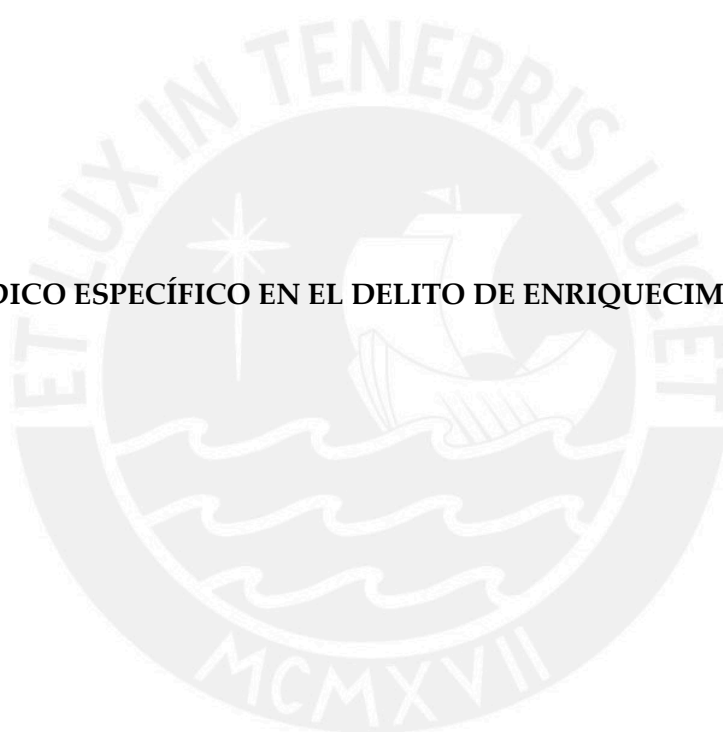
3. Acerca de la noción de función pública y su vinculación con la posición de funcionario público _____	101
4. Principios que rigen la Administración Pública y el ejercicio de la función pública _____	105
IV. El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial y de infracción de deber __	111
V. El bien jurídico específico en el enriquecimiento ilícito. Postura personal _____	114

TERCERA PARTE

ALGUNAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA DELIMITACIÓN DEL BIEN JURÍDICO EN EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

I. Naturaleza autónoma del delito de Enriquecimiento Ilícito _____	117
1. Comentarios a la teoría subsidiaria del delito _____	117
2. Postura personal: el enriquecimiento ilícito como delito autónomo _____	122
II. Aspectos concursales en el delito de enriquecimiento ilícito _____	125
1. Unidad de acción o de hecho _____	125
2. Acerca de la tesis del concurso aparente _____	128
2.1. El concurso aparente, concurso de leyes o unidad de ley _____	129
2.2. El concurso aparente. Postura personal _____	138
3. El delito de enriquecimiento ilícito en concurso aparente _____	140
4. El delito de enriquecimiento ilícito en concurso real y/o ideal _____	141
4.1. Concurso ideal _____	142
4.1.1. Concurso ideal en la legislación peruana. Breve referencia a su determinación legal _____	145
4.2. Concurso real de delitos _____	146
4.2.1. Concurso real en la legislación peruana. Breve referencia a su determinación legal _____	147
4.3. Breves consideraciones finales _____	147
CONCLUSIONES _____	149
BIBLIOGRAFÍA _____	152

EL BIEN JURÍDICO ESPECÍFICO EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO



INTRODUCCIÓN

El delito de Enriquecimiento Ilícito se encuentra tipificado en nuestra legislación desde hace más de tres décadas y, desde su tipificación, poco se analizado en doctrina sobre su naturaleza y sobre el bien jurídico protegido con el mismo. Si bien un sector importante de la escasa doctrina nacional que ha escrito sobre el tema lo ha considerado desde siempre un delito residual y/ subsidiario; es también cierto que un porcentaje de dicho sector, solo se remite a repetir una vieja posición que sienta sus bases en la *ratio legis* del legislador de 1981 –año en que se incorporó este delito en nuestro Código Penal-. Asimismo, es casi unánime la posición nacional en torno a reconocer en el Enriquecimiento Ilícito un bien jurídico protegido que adolece de especificación –e, incluso, que abunda en lo subjetivo cuando se mencionan la ética o la moral de los funcionarios públicos-. Esto último coadyuva a la interpretación errónea del tipo y fortalece –por un claro desinterés en desarrollar más profundamente el tema- la posición del delito como subsidiario. Si bien no comparto la tesis de la subsidiariedad, solo pocos autores han argumentado seriamente dicha posición, mientras que la gran mayoría de ellos se han remitido –sin análisis detenido- a la doctrina extranjera –sobre todo la argentina y la colombiana-.

Si bien en torno a este delito se han planteado algunas problemáticas en el marco de su aplicación a un caso concreto, considero preciso e ineludible, de cara a una correcta interpretación y posterior análisis de los problemas derivados de su aplicación, la determinación del bien jurídico específico protegido. Es a partir de dicha concretización que la tarea de interpretación se dificulta menos y, como también argumentaré, se llega a conclusiones distintas a las que hemos dado por sentadas desde siempre.

Para tales efectos, he dividido este trabajo en tres capítulos. El primero tiene como finalidad fortalecer al bien jurídico como fin de protección del Derecho Penal. He considerado preciso sentar posición al respecto al tratarse de un delito contra la Administración Pública, que, por su naturaleza supraindividual, ha sido objeto de críticas en razón –sostienen- de su intensa abstracción; además, porque, al ser el funcionario público el único protagonista en el mismo, se trata también de un delito de infracción de deber –en donde aquél ocupa una posición especial jurídico institucional-, aspecto que, luego de afirmado, podría llevar a la confusión de la base dogmática de la que se parte –así, no se asume en este trabajo un punto de partida funcionalista por su excesivo formalismo, pero tampoco se descartan los aportes que, alienados con las propias consideraciones, efectivamente coadyuvan a un mejor entendimiento sobre el tema-. Posterior a ello, se desarrollan los argumentos relacionados con la protección de los bienes jurídicos supraindividuales –en donde se ubican los delitos de corrupción de funcionarios-; así, como se podrá apreciar, parto de una protección autónoma y no personalista en esta clase de delitos. Ello facilita expresar posición en torno a la alegada contraposición entre la estructura de

los tipos en clave de peligro abstracto y el principio de lesividad en el grupo de delitos bajo la rúbrica de “delitos contra la Administración Pública”.

Ya en el segundo capítulo abarco, en concreto, el tema central de este trabajo. En principio, se argumenta la relevancia social e institucional de la Administración Pública como ente destinado a llevar a cabo fines de interés general que el Estado está obligado a brindar –lo que, por cierto, coadyuva de modo elemental a garantizar las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas-. Luego, ya ingresando en materia concreta, planteo la reflexión –también efectuada en doctrina y en la práctica jurisprudencial- sobre la existencia de un bien jurídico genérico y bienes jurídicos específicos protegidos por el grupo de tipos penales comprendidos en el Título XVIII – Capítulo II del Código Penal peruano. Luego de ello, me avoco a un repaso de la legislación comparada que también sanciona el Enriquecimiento Ilícito y, con ello, quedan evidenciadas algunas pocas diferencias en cuanto a la descripción típica y, a su vez, las razones por las que no podemos referirnos a una plena identificación entre la legislación peruana y la argentina y colombiana –considerados como los antecedentes normativos más inmediatos de nuestro 401° C.P.- respecto de la nuestra.

La calidad del funcionario público como la posición jurídica del sujeto activo del delito, nos llevan a la consideración de este delito como uno de infracción de deber. Al respecto, desarrollo en torno a ello, la relación estrecha e inescindible entre el significado jurídico-penal de la posición que ocupa y las obligaciones que lo vinculan, así como el bien jurídico protegido. Relacionado a ello, se encuentra el apartado relativo a los principios que rigen a la Administración Pública y, por lo tanto, la actividad funcional. A propósito de lo último, se reitera la relevancia de la incolumidad de dicha institución en clave de principios –que, por lo tanto, reafirman la relevancia de su protección penal-. Como se podrá apreciar, en el caso concreto del enriquecimiento ilícito, se hace necesario recurrir a dicho planteamiento para la comprensión y concretización del bien jurídico protegido.

Posterior al desarrollo descrito, finalmente sentaré posición sobre el bien jurídico específico protegido en el artículo 401° C.P. De su determinación, además, derivan ciertas ideas que fueron las que me invitaron inicialmente a realizar esta investigación. Éstas, quedan sustentadas en base a la propuesta central y son desarrolladas en el tercer capítulo. En tal sentido, el último capítulo propone derrotar la idea del delito de Enriquecimiento Ilícito como un tipo penal subsidiario o residual y reivindica su autonomía. Además de ello, se cuestiona acá la necesidad de la aplicación de los principios de la teoría del concurso aparente –los mismos que le han servido de base a algunos autores para argumentar su carácter subsidiario- y se propone la apertura al debate –acá desarrollado a modo muy general- en torno a la aplicación del tipo penal en estudio en concurso ideal y/o real.

He considerado importante desarrollar este tema por tratarse de un aspecto neurálgico en cuanto a los delitos de corrupción de funcionarios y, por lo tanto, en el marco de la lucha anticorrupción trabajada desde distintos niveles –en este caso, desde esta propuesta monográfica-

PRIMERA PARTE

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL FIN DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL: EL BIEN JURÍDICO

I. Fin del Derecho Penal. Entre las teorías más representativas.

En principio, considero pertinente expresar en este apartado la postura de la que parto acerca del fin de protección del derecho penal. Al respecto, es bastante conocido en doctrina el debate entre las teorías más representativas sobre el tema. Sin embargo, creo importante recordar parte de sus postulados a fin de sentar posición y continuar posteriormente –en base a esa primera consideración- con las reflexiones centrales sobre el tema que aquí me ocupa.

Una primera consideración, es recordar la diferencia que encierra el referirnos al “*fin del derecho penal*” y al “*fin de la pena*”. La confusión que se pueda generar entre ambos puede parecer una cuestión de mera terminología; sin embargo, sentar postura sobre el *fin de la pena* en los argumentos desarrollados –por ejemplo- en las teorías absolutas, relativas y/o mixtas de la pena¹, tiene sentido (porque, además, dicho fin se encuentra vinculado propiamente a la rama del derecho penitenciario o de ejecución penal –entre cuyos principios se encuentra, por cierto, el principio de humanidad de las penas-); pero cuando nos referimos al *fin del derecho penal*, el discurso no se limita al discurso sobre la sanción que se pueda imponer sino a la existencia y razón de ser del derecho penal como ejercicio del *ius puniendi* estatal. Si se aplica una pena es porque se contradice una norma penal y esa norma penal existe porque tiene la finalidad de proteger y preservar determinados intereses. La pena es la respuesta del Estado a una conducta que atenta contra el ordenamiento jurídico y que debe estar limitada en la norma –principio de legalidad- por una razón que es, justamente, el fin del derecho penal.

Ahora bien, el ejercicio del *ius puniendi* en el ámbito penal debe estar legitimado en el logro de fines esenciales y respecto de conductas que revisten especial gravedad. Incluso criterios de simple lógica nos llevan a esa conclusión: tratándose del ámbito del derecho que impone las sanciones más estrictas, éstas sólo pueden ser impuestas frente a conductas muy graves. Por supuesto, no es poco común leer o escuchar críticas respecto de conductas que se

¹ Las teorías referidas plantean diversos fundamentos sobre la naturaleza y la finalidad que cumple la sanción penal respecto del sujeto al que se le aplica –esto es, al que ha delinquido- o frente a la sociedad a la que la norma comunica. Según la postura que se adopte, la aplicación de una sanción muy severa puede estar en mayor o en menor medida justificada –o, incluso, rechazada de plano-. No obstante ello, mientras que la intervención del derecho penal debe encontrar legitimidad en la protección de un fin esencial, la finalidad de la aplicación de las penas –incluyendo su duración y su intensidad-, encuentran fundamento en otros aspectos adicionales –por ejemplo, una influencia importante en relación con la ejecución de la sanción ejercen principios tales como el de humanidad de las penas-. Cabe recalcar, sin embargo, que al formar parte de un mismo sistema, las teorías adoptadas respecto de la función de la pena pueden ser influenciadas por la concepción que se tenga sobre el objeto de protección del derecho penal.

encuentran tipificadas en nuestra legislación, pero que carecerían de relevancia penal o cuya evitación podría regularse por otras áreas del derecho –o sencillamente por ninguna, al ser cuestiones puramente éticas o relacionadas con la moral (lo que, como se sabe, tiene mucho de carga subjetiva)-.

En no pocas ocasiones se afirma que el incremento de las penas o la inclusión de nuevos tipos penales obedecen a razones de política criminal. Ello no implica ningún problema salvo que se tenga una errada concepción de aquella y, por lo tanto, esto nos lleve a una incorrecta aplicación de la misma. La política criminal no se limita al estudio estadístico sobre el incremento o disminución de las tasas de delincuencia. En nuestro país, esa mal entendida “política criminal” ha tenido influencia en materia normativo-penal y, en no pocas ocasiones, el legislador ha tipificado conductas o agravado penas sin la diligencia de considerar si realmente lo que se tipifica merece intervención penal.²

Así, aunque sin pretender abundar al respecto, es importante recordar que la política criminal incluye una serie de estrategias -no necesariamente de índole penal- para vencer el delito³, que incluyen: el estudio de las tasas de criminalidad; el enfoque de la criminología (que se basa en el estudio del delito, el delincuente, la víctima y el control social⁴); el enfoque sociológico y otras disciplinas que buscan identificar si la comisión de determinados comportamientos “antisociales” son supuestos que pueden evitarse a través de estrategias menos represivas o si, efectivamente, se requiere de la intervención penal -en cuyo caso, interesa cómo debe realizarse ésta considerando los límites impuestos al ejercicio punitivo del Estado-. En suma, en el ámbito de la política criminal también son principios que se toman en

² Como bien apunta Díez RIPOLLÉS al respecto: “(...) no es seguro que la Política Criminal esté en condiciones adecuadas para enfrentarse a la tarea que se le está demandando por parte de la sociedad. Arrastra una serie de lastres, un par de los cuales me gustaría señalar a continuación. 4. Ante todo se carece de una teoría de la legislación penal que marque los pasos y las comprobaciones que deben llevarse a cabo antes de tomar una decisión sobre la penalización o la despenalización de un comportamiento. Una sociedad compleja como la nuestra no puede legislar penalmente a partir de iniciativas gubernamentales o parlamentarias coyunturales, condicionadas cada vez más por la rentabilidad electoral de determinados estados de opinión con frecuencia pasajeros. (...). 5. La carencia acabada de señalar se ve potenciada por el progresivo asentamiento de prácticas legislativas de naturaleza puramente simbólica en el marco de la Política Criminal. (...) Hablamos peyorativamente de un ‘derecho penal simbólico’ o de decisiones legislativas penales de naturaleza meramente simbólica y por eso mismo carentes de legitimación, cuando estemos ante intervenciones penales en la que los efectos simbólicos ligados al efecto instrumental de protección de bienes jurídicos quedan en un segundo plano frente a la primacía otorgada a la obtención de otros efectos simbólicos ajenos al fin primordial de protección de bienes jurídicos y de contención de la delincuencia”. Díez RIPOLLÉS, José Luis: “Estudios penales y de Política Criminal”. Lima, IDEMSA, 2007. pp. 44 y 46.

³ Por ejemplo, BINDER define la política criminal como un conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal. El citado autor parte de su concepción de “poder penal” al que define como la fuerza de la que dispone el Estado para imponer al ciudadano sus decisiones –basadas en el fin de protección de bienes jurídicos- en materias que afectan derechos fundamentales. Esas herramientas o métodos si bien provienen del Estado –de allí que se denomine política-, no necesariamente recurren a formas tan represivas como el derecho penal. Vid. BINDER, Alberto M.: “Política Criminal de la formulación a la praxis”. Buenos Aires, AD-HOC, 1997. Como referencia también, BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: “Nuevo Sistema de Derecho Penal”. Madrid, Trotta, 2004; BLANCO LOZANO, Carlos: “Tratado de Política Criminal”. Barcelona, BOCH, 2007. Tomo II; entre otros.

⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: “Criminología: Fundamentos y principios para el estudio científico del delito, la prevención de la criminalidad y el tratamiento del delincuente”. Lima, INPECCP Fondo Editorial, 2008.

cuenta aquellos que rigen el derecho penal. El fin del derecho penal –cualquiera que sea la teoría que se adopte al respecto- no es un tema ajeno –sino todo lo contrario- a los estudiosos del fenómeno delictivo –y mucho menos debería serlo para el legislador-.

Entonces, como manifesté inicialmente, la intervención penal encuentra su presupuesto básico en la protección y/o preservación de un fin legítimo y esencial. Algunos autores sostienen que ese fin se encuentra en la protección de bienes jurídicos; otros, desde una perspectiva crítica a la posición antes señalada, postulan que el fin del derecho penal se encuentra en la protección de las expectativas normativas o en la reafirmación de la vigencia de la norma penal. Ambas posiciones son las más representativas –aunque no las únicas⁵-; no obstante ello, en las siguientes líneas también realizaré algunos comentarios a la doctrina anglosajona para referirme a una teoría que ha servido de argumento en dicho sistema para legitimar la intervención del *criminal law*: el llamado *Harm Principle* o “principio del daño”.

Siendo punto de partida relevante, a continuación repasaré brevemente las teorías esbozadas y luego sentaré posición al respecto.

1. Teoría de la vigencia de la norma o de las expectativas normativas

Si bien una posición importante de la doctrina sostiene que el fin de protección del derecho penal son los bienes jurídicos, otro sector afirma que por su difícil delimitación como concepto –entre otras críticas-, no podemos referirnos al “bien jurídico” como el objetivo al que se dirige dicha tutela. En esa línea, autores entre los que se encuentra GUNTHER JAKOBS –principal propulsor-, sostienen que es la vigencia de la norma la finalidad última del derecho penal. Desde su concepción –y la de quienes se acogen a su teoría-, el derecho penal responde –con una sanción- ante una “desautorización de la norma”. Así, al respecto, JAKOBS, manifiesta expresamente: “(...) la pena no asegura bienes jurídicos, y mucho menos aún los repara, sino que asegura la vigencia de la norma. La protección de bienes jurídicos en todo caso se obtendrá como resultado mediato”⁶. Dicho autor defiende su crítica con la afirmación de que los bienes jurídicos pueden verse vulnerados o menoscabados por acciones que no necesariamente provienen de la intervención humana. En dicho sentido, pone de ejemplo, el caso de los desastres naturales que, por efecto de su agresividad, generan la consecuencia de menoscabar bienes jurídicos tales como la vida o la salud. Sin embargo, dentro de su propio planteamiento, el autor aclara que el derecho penal, en todo caso –esto es, sin dejar de relegarlos a un segundo plano-, no protegería “bienes” sino “bienes jurídicos” lesionados por ataques determinados: “Por lo tanto, el Derecho Penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino a la protección de bienes contra ciertos ataques, y sólo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecen en la lente del Derecho, y son por

⁵ Existen posiciones ecléticas que no niegan el valor de los aportes de los propulsores funcionalistas pero, desde una perspectiva distinta, critican el punto de partida de éstos. Al sentar posición personal sobre el tema, haré referencia a ellas.

⁶ JAKOBS, Günther: “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”. Civitas Ediciones, 2003. Traducción: CANCIO MELIÁ / FEIJÓO SÁNCHEZ. p. 59

consiguiente, bienes jurídicos”⁷. En otras palabras, JAKOBS afirma en el trabajo citado que para los partidarios de la teoría del bien jurídico no existe diferencia entre la afectación fortuita o derivada de fenómenos de la naturaleza y la afectación de los bienes producto de la intervención de las personas. Según indica, entonces, solo es factible hablar de “bienes jurídicos” en el último de los casos –algo que, por cierto, no se niega acá-. No obstante ello, si bien, el citado autor hace una referencia a los bienes jurídicos, aclara inmediatamente que lo que en realidad el derecho debe garantizar es que éstos no sean atacados por obra de una acción humana. El enfoque de la premisa no se encuentra en la afectación realizada sino en quien la realiza, incumpliendo así su deber.

Comparto que, ciertamente, la norma penal comunica y sólo es razonable pretender la recepción de dicha comunicación por parte de quienes tienen la capacidad de hacerlo y actuar en tal sentido. Ni la naturaleza o sus fenómenos, ni las ocurrencias fortuitas son destinatarios de la norma penal. De hecho, en el ámbito general del derecho, no podemos pretender una protección –y, menos aún, una sanción- frente a hechos cuya ocurrencia no depende de nosotros como miembros de la sociedad. Por lo tanto, en realidad, la “aclaración” realizada por el reconocido Prof. JAKOBS, es innecesaria si es que con ella se pretende criticar la teoría de los bienes jurídicos –que como más adelante desarrollaré, no pretende una protección penal respecto de cualquier hecho: ¿a quién se le podría imputar la muerte de una persona debido a la caída fortuita de un viejo árbol sembrado al lado de la carretera sobre el auto que iba conduciendo?-. La teoría de los bienes jurídicos afirma la protección de éstos frente a ataques determinados y ello parte de entender que la respuesta penal frente a dichos ataques va dirigida a quien los han producido y no frente a situaciones que no están ni al alcance del control penal ni de las personas.

Pero, ¿cuál es el punto de partida de la postura de JAKOBS? Sin pretender abundar al respecto, considero que para comprender su planteamiento es importante partir del pensamiento de HEGEL –quien, en todo caso, también sería el propulsor de estas ideas-. Este filósofo alemán parte de una noción de Estado en el que el principio esencial es el interés del *todo social* y no los intereses de los individuos. En su noción de Estado, la finalidad de éste es el de exigir de parte de los ciudadanos una “actitud” de identidad con los intereses comunitarios. La esencia de esa identidad sería la moral –con lo que unificaría al Derecho con la moral-. Sin embargo, JAKOBS y sus seguidores académicos interpretan a HEGEL desde una visión epistemológica colocando énfasis en los aspectos formales de sus postulados –sin tomar en cuenta las repercusiones de índole política o los aspectos valorativos de éstos-. Desde esa perspectiva, toman de HEGEL su consideración sobre el delito –al cual define como la “negación del derecho”- y de la pena –a la que considera como “la negación de la negación” (o, lo que equivale decir: la reafirmación del derecho)-. Si para HEGEL, lo que interesa al Estado –y es su

⁷ JAKOBS, Günther: “¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma”. Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001. p. 15. Aunque la terminología utilizada aquí por el autor pueda llevar a confusiones, no es un cambio en su postura, sin embargo, es una muestra de que al margen de sus puntos de partida, no niega la existencia de los llamados “bienes jurídicos” sino que re dirige su significado a una equivalencia desde la teoría que postula y, claro está, no los considera la finalidad de protección del derecho.

esencia- es el interés y la moral de la comunidad, la relevancia del delito no es el daño producido a un determinado bien sino el hecho de ir contra el Estado mismo, poniendo en duda la validez del derecho que lo rige. Desde dicha línea, la libertad de las personas no tiene origen en el contrato social en donde los individuos –en condiciones de igualdad- verían representados sus intereses particulares de tal manera que se haga posible la convivencia pacífica entre ellos. En la concepción de Estado de HEGEL, la subordinación del individuo al Estado es un deber para que aquél sea considerado como miembro de éste. Ello se ve plasmado en JAKOBS cuando manifiesta lo siguiente: “La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. (...)”⁸. En esa misma línea se orienta, GALLAS quien, citado por ALCÁCER GUIRAO, afirma: “Desde esta perspectiva, la esencia del delito no consistirá en el ataque ilícito a los intereses jurídicamente protegidos, sino en su carácter destructor de la comunidad. Con ello, cobra protagonismo la parte personal del delito y son los conceptos de ‘deber’ y ‘actitud’, y no, o no en primer lugar, los de ‘bien jurídico’ e ‘interés’ los que pasan a ocupar el centro de la construcción conceptual jurídico-penal”⁹.

Considero preciso comentar que dentro de las corrientes anti liberales se encuentran otros autores que consideran como *príus* axiológico una concepción de Estado comunitarista. Los seguidores de la escuela nacionalsocialista, por ejemplo, sí consideraban que los teóricos del bien jurídico sentaban su base en una corriente liberalista y, precisamente por oponerse a dicha corriente se oponían a la teoría del bien jurídico a través de la postulación de la teoría de la lesión del deber. Como ejemplo de ello, ALCÁCER GUIRAO cita a DAHM: “Según nuestra concepción la esencia del delito no es la lesión de intereses y bienes jurídicos, sino la rebelión contra la comunidad y su ley interna”¹⁰. El extremo de la visión comunitarista del Estado llegó con el nacionalsocialismo al postular de manera radical una fusión tal entre el derecho y la moral que abarcaba no solo la propia creación de las normas sino los fundamentos para desvalorar la conducta –en otras palabras, la moral comunitaria era la que se imponía, y ésta, era la que determinaba el Estado mismo pero no en función de los intereses individuales-.

Por otro lado, postulando también la teoría de la lesión de los deberes (por tanto, alineado a la teoría de la vigencia de la norma como el fin del derecho penal) y aunque no de la escuela nacionalsocialista, H. MAYER, ha sido más moderado en sus postulados respecto del bien jurídico. Si bien, negando rotundamente que el objeto de protección penal sea la afectación a bienes jurídicos, considera que su función es menor. Para este autor, en palabras de ALCÁCER GUIRAO: “El fin del derecho no es proteger esferas individuales de libertad, sino, en primer lugar, mantener vigentes las convicciones morales de la comunidad; **sólo dentro de este fin superior cabe la protección de bienes jurídicos**”¹¹ (resaltado agregado). La premisa sostenida,

⁸ GUNTHER, Jakobs: “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”. Madrid, Civitas, 1996. p. 18.

⁹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito”. Lima, Grijley, 2004. p. 48

¹⁰ Ídem. p. 47.

¹¹ Ídem. p. 53.

no niega que pueda atenderse a la protección de los bienes jurídicos; aunque, claro, no como un fin primordial sino relegado (si se quiere, como una consecuencia)-.

Para finalizar este breve repaso por los puntos de partida de la teoría en comentario, me interesa hacer referencia a lo sostenido por HARDWIG –también de postura antiliberal-. Según comenta ALCÁCER GUIRAO, HARDWIG considera que existen dos modos de comprender el derecho penal: un derecho penal de la sociedad y un derecho penal de la comunidad. Mientras que en el primero se atiende a la lesividad social y no se valoran (o desvaloran) las cuestiones éticas; en el segundo, el delito implica lesionar valores de la comunidad y, por lo tanto, supraindividuales asentados en deberes de índole moral- El delito en este último caso, no es más que la infracción o incumplimiento al deber moral o ético y jurídico. En resumen, HARDWIG identifica cada una de sus concepciones del derecho penal del siguiente modo: [Derecho penal de la sociedad/ lesividad/ desvalor del resultado/ lesión del bien jurídico] y [Derecho penal de la comunidad/ desvalor del acto/ lesión del deber]¹². De ambas concepciones, él se orienta categóricamente por la perspectiva comunitaria en razón de la relevancia superior que tiene la “disposición general de una persona hacia los valores esenciales de la comunidad”¹³

Por otra parte, en el marco de su teoría, JAKOBS hace una diferencia entre “individuo” y “persona” –o, ciudadano-. En el caso de las personas o ciudadanos, éstos, siendo sujetos de derechos y deberes, se someten al ordenamiento que los rige, mientras que en el caso de, los llamados por él, “individuos”, al haber delinquido (contradicho la norma), pierden –por tanto- su condición de ciudadanos –sin perjuicio a que lo vuelvan a recuperar (lo que implicará que, para ello, tendrán que ajustarse a derecho)-¹⁴. Lo último, por cierto, le ha servido como base para formular su propuesta denominada “derecho penal del enemigo” –la que ha sido fuertemente criticada por un importante sector de la doctrina-. En todo caso, lo que me interesa aquí es rescatar concepto normativo de persona que también postula JAKOBS y que en palabras de GARCÍA CAVERO implica lo siguiente: “(...) quiere decir que ser persona implica poder actuar socialmente de forma libre y responsable. Esta libertad y responsabilidad no es ilimitada, sino que se ordena con base a criterios sociales”¹⁵. La persona entonces es definida no como un centro fisio-biológico sino como un ente en constante interacción social. En el marco de dichas interacciones, cada persona asume o cumple un rol –dependiendo, claro está, de cada contexto-.

En consecuencia y desde la perspectiva comentada en este apartado, se trata de un sistema –o, si se quiere, en términos luhmanianos, un subsistema (el subsistema penal)- compuesto por personas que tienen asignados distintos roles. Los límites –penales- al ejercicio de los roles se encuentran tipificados en las normas penales. Por lo tanto, lo que interesa para los partidarios de esta teoría es que la persona no se extralimite en el ejercicio de sus roles –pues hacerlo sería lesionar su deber (el deber, al tener el *status* de persona, es mantenerse en

¹² Vid. Ídem. pp. 66 y 67.

¹³ ALCÁCER GUIRAO citando a HARDWIG. *Ibidem*.

¹⁴ Vid. JAKOBS, Günther: “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”/ En: “Derecho Penal del enemigo”. JAKOBS, Günther y MELIÁ, Cancio / Madrid, Civitas, 2003.

¹⁵ GARCÍA CAVERO, Percy: “Derecho Penal. Parte General”. Lima, Jurista Editores, 2012. p. 101.

derecho)-. Así, el *ius puniendi* actuaría en razón a la lesión de deberes (los deberes de las personas de no infringir su rol) y no en estricto de afectación de bienes jurídicos.

Entonces, de la construcción de los primeros planteamientos parte la teoría de los roles. Así, como comenté previamente, los destinatarios de la norma penal no son individuos considerados desde una perspectiva biológica, anatómica o psíquica individual sino desde una perspectiva normativa. Lo penalmente relevante es la afectación o vulneración producida a través de los contactos sociales entre las personas pues es en el marco de dichos contactos sociales en el que cada persona asume un rol específico y, consiguientemente, una serie de deberes derivados del mismo. Este planteamiento no pretende afirmar –cabe aclararlo– que las interacciones o contactos sociales acaecen de manera “fácticamente simultánea”: no quiere decir, entonces, que tenga que existir en el ámbito de lo fenomenológico una presencia física simultánea de por lo menos dos personas en un determinado contexto espacio-temporal¹⁶. Respecto de la distinción realizada por JAKOBS entre “individuo” y “persona”, el Prof. POLAINO NAVARRETE sostiene lo siguiente: “En el sistema de Jakobs los conceptos de Individuo y de Persona marcan el límite entre la mera naturaleza (“Natur”) o medio ambiente (“Umwelt”), de un lado, y la Sociedad (“Gesellschaft”) o comunicación (“Kommunikation”), de otro (...)”¹⁷. En todo caso, cada persona ocupa un rol –por lo menos, “negativo”- en la sociedad.

Los roles son genéricamente diferenciados en dos grupos: los roles negativos y los roles positivos. Respecto al primer grupo denominado también “rol general de persona”, hacen referencia al deber que toda persona tiene de no lesionar a terceros. Este rol nos corresponde a todos como miembros de una sociedad que nos vincula a través de normas que limitan nuestros marcos de libre actuación, para posibilitar que todos gocemos del ejercicio de nuestros derechos no obstante la innegable colisión de diversos intereses particulares. Cuando se habla de roles positivos se hace referencia a roles que solo le competen a determinados sujetos y que los obligan, de cara a las específicas competencias que se le asignan según el concreto rol positivo que ejerzan, a cautelar que las condiciones de seguridad de un determinado bien jurídico se mantengan incluso bajo el imperativo de no permitir que terceros ajenos a ese rol, lesionen o

¹⁶ De hecho, tal como se sostiene, los contactos –interacciones– pueden ser de carácter anónimo. Por lo tanto, nuevamente, no se trata de una interacción meramente fenomenológica lo que interesa –aunque ello, fácticamente pueda suceder–, sino desde un punto de vista normativo-.

¹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel: *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*. Lima, Grijley, 2004. p. 42. Cabe acotar que la distinción entre “persona” e “individuo” ha servido también como fundamento para sostener posturas que han sido criticadas abundantemente: el llamado “derecho penal del enemigo”-propulsado también por el Prof. JAKOBS- sienta sus bases –entre otros argumentos- en esta distinción. POLAINO NAVARRETE agrega también que “*persona es a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del Derecho, y por ello, ‘es persona real aquel cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma’*. Se requieren dos condiciones: ‘*el comportamiento debe estar regido por las normas –ningún animal (entendido como parte del medio ambiente) puede ser una persona-, y debe resultar adecuado a la norma –ninguna persona asesina*” (p. 43). Dentro de esta última perspectiva, cabe la pregunta sobre el rol que cumple la persona jurídica en el esquema propuesto aquí por POLAINO. Desde una perspectiva puramente luhmaniana es muy probable que esta propuesta no sea suficiente al no alcanzar por ejemplo, según su descripción, a las personas jurídicas. Por lo tanto, la visión de POLAINO, en este caso, es más moderada respecto de los roles asignados a los inter-actuales en sociedad que otras perspectivas que proponen la teoría de los roles de manera más radical.

disminuyan esas condiciones de seguridad¹⁸. Estos deberes especiales no incumben a cualquier persona y, además, colocan a quien los posee, en posición de garante del bien jurídico a su cargo.

Pero, ¿cómo conectan sus propulsores la teoría de los roles con la posición de que la vigencia de la norma es el fin del derecho penal? Pues bien, JAKOBS explica ello a partir de su concepción de una sociedad construida en base a un sistema de comunicación cuya identificación está dada por determinadas reglas –las normas-. Si la sociedad está conformada por personas, éstas deberán respetar dichas reglas para no contradecir el sistema que los rige. En consecuencia, lo que le interesa al derecho penal es el cumplimiento del deber –del rol- pues solo así se garantiza que el sistema se mantenga.

Si bien no es materia de este trabajo hacer una extensa y minuciosa referencia sobre los diversos roles positivos, creo importante recordar referencialmente que estos tiene su origen en las relaciones paterno-filiales, institucionales e incluso en la injerencia. Como un ejemplo y ya en el marco que desarrollo a lo largo de este trabajo, el rol que le corresponde –desde esta construcción- a un funcionario público es, evidentemente, positivo. Desde la perspectiva de la vigencia de la norma como fin del derecho penal, si un funcionario público no cumple su rol -y, por lo tanto, lesiona su deber-, es esa infracción al rol lo que se castigaría en la medida en que con dicho actuar, el funcionario está desconociendo la norma –que forma parte del sistema- que lo rige. Con su actuar estaría negando la norma no “sintiéndose” vinculado por ésta –lo que resultaría exteriorizado a través de su conducta-.

Por otra parte, los roles se encuentran limitados a través de las normas –o, en el caso de prácticas profesionales u oficios no regulados normativamente, a través de la *lex artis*, por ejemplo-, pero además de ello, están regulados por éstas –en el sentido de que también les asignan las competencias específicas que les corresponden ejercer (sobre todo en el caso de los roles positivos)-. Así, en el caso del funcionario público, serán las normas aquellas que determinen los límites de su actuación así como la esfera de competencia concreta que, debido a su calidad de tal, debe ejercer para hacer posible el logro de los fines que a la Administración Pública le corresponden¹⁹. Sin embargo, la perspectiva funcionalista comentada, dirige la aplicación del derecho penal directamente hacia la norma que se infringe con el fin de reivindicar o reconfirmar su vigencia a través –precisamente- de su aplicación –la sanción-. El rol de funcionario público que está limitado por la norma, también determina jurídicamente hasta que punto su actuar puede implicar la lesión de los deberes que aquél tiene²⁰.

¹⁸ Al respecto, vid. JAKOBS, Günther: Óp. cit.

¹⁹ Concretamente, la esfera de actuación de un funcionario público están regulados y/o ilimitados a través de la Constitución, las normas generales que lo vinculen, los reglamentos del sector respectivo e incluso –y no menos importante- por los Tratados Internacionales que el Perú ha ratificado –por ejemplo, la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)-.

²⁰ Más allá de estar de acuerdo o no con esta particular postura sobre el fin del derecho penal, lo comentado en este párrafo cobra importancia en cuanto a la diferenciación –más adelante desarrollada- sobre la diferencia existente entre clasificar a los delitos cometidos por funcionarios públicos como delitos especiales (propios o impropios) y los delitos de infracción de deber.

En consecuencia, si el portador del rol no cumple con éste, u organiza deficientemente su esfera de actuación, habría defraudado las expectativas de que cada persona cumpla fielmente con las normas que limitan su esfera de actuación-. Por lo tanto, la aplicación de la sanción penal correspondiente sería “la negación de la negación de la norma” reafirmando su vigencia y con ello “reparando” la lesión de las referidas expectativas.

En esa misma línea, GARCÍA CAVERO sostiene: “La labor de normativización debe estar orientada a la función social del Derecho penal, la cual, según Jakobs, está constituida por el mantenimiento de la norma como modelo de orientación de los contactos sociales”²¹. Ello quiere decir que lo que interesa, según dicha postura, es el mantenimiento de un sistema que rige una sociedad compuesta de personas que interactúan constantemente. Los límites a la esfera de libre actuación de las personas están conformadas por las normas –éstas, por cierto, estarían facilitando los contactos sociales- las cuales deben permanecer vigentes y ser respetadas para que el sistema se mantenga. Si bien se le ha criticado a JAKOBS y los propulsores de esta teoría el apoyar bajo sus postulados sistemas que puedan carecer de legitimación, ciertamente, el autor no analiza el problema de la legitimación de las normas cuya vigencia considera de primordial y fundamental relevancia para el derecho penal. Al respecto, haré algunas breves referencias al sentar postura personal al respecto.

2. Teoría de los bienes jurídicos.

Un sector importante de la doctrina sostiene que el derecho penal tiene como finalidad proteger bienes jurídicos. Generalmente, seguida a dicha afirmación, se sostiene – en concordancia con el principio de subsidiariedad del derecho penal- que dicha protección va dirigida a bienes jurídicos esenciales para la convivencia social y que la misma se justifica en casos de su más gravosa vulneración.

Al margen de la discusión en torno al concepto de bien jurídico, en lo que aquí interesa, la relevancia de considerar como fin de la tutela penal a los bienes jurídicos ha sido remarcado por la doctrina, distanciándose así de la postura de la vigencia de las expectativas normativas – que los coloca en un segundo plano-. De dicho modo, para los partidarios de esta teoría, el derecho penal tiene como fin la protección de la vida, la salud, el medio ambiente, la administración de justicia, el patrimonio, etc. Más allá de las distintas posturas sobre su definición, al bien jurídico se le ha asignado una importante utilidad para determinar la finalidad que tiene asignado el derecho penal como expresión del *ius puniendi* estatal.

Así, por ejemplo, MIR PUIG habla de una concepción de bien jurídico “político-criminal”, por un lado; y de una concepción “dogmática”, por el otro: “El concepto de bien jurídico se utiliza por la doctrina penal en dos sentidos distintos: a) en el sentido político-criminal (de lege ferenda) de lo único que merece ser protegido por el Derecho penal (en contraposición, sobre todo, a los valores meramente morales); b) en el sentido dogmático (de lege lata) de objeto

²¹ GARCÍA CAVERO, Percy: “Derecho Penal Económico. Parte General”. Lima, Grijley, 2007. p. 96.

efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate”²². Sostiene el mencionado autor que la idea de la cercanía entre ambos conceptos puede apreciarse en la medida de que cada código penal tiene, ciertamente, un programa político-criminal. Sin embargo, le otorga mayor relevancia a la visión dogmática del concepto. Si partimos de la demarcación realizada por el autor, es preciso acotar que no debería dársele importancia solamente a la visión dogmática, sino también a la visión que MIR PUIG llama “político-criminal”. Es decir, considero preciso no prescindir de la consideración de que no se puede proteger cualquier bien jurídico, sino aquellos que -en base a los principios que rigen el derecho penal- merecen ser protegidos a través de la aplicación de las sanciones más graves. Probablemente, el autor le otorga mayor relevancia al sentido dogmático bajo la consideración de que el legislador tipifica conductas siempre bajo la lupa de un adecuado análisis en base a los principios -límites del poder sancionador del estado; ello, por ejemplo, en nuestro ordenamiento, no sucede con mínima frecuencia. Todo lo contrario.

Resulta ingenuo, lamentablemente, asegurar y confiar ciegamente en que el legislador realiza un juicio exhaustivo de proporcionalidad al momento de decidir tanto la “norma de conducta” como la “norma de sanción” e identificar el bien jurídico concreto en base al cual debe regular la conducta sancionada. La legitimación de la intervención penal a través de normas que tipifican conductas debería obedecer un juicio exhaustivo y cumplir los principios que rigen el derecho penal: *última ratio*, subsidiariedad o proporcionalidad; sin embargo, el legislador no pocas veces comete excesos o no ejerce responsablemente el análisis que corresponde. En otras palabras: no siempre lo que “es” protegido, “debe” ser protegido.

Desde la teoría del bien jurídico, se entiende genéricamente que los bienes jurídicos que el derecho penal protege son – o deberían ser - los “valores” o “intereses” más relevantes dentro de un sistema, y su protección penal sólo puede llevarse a cabo si no existen otros medios intensamente menos coactivos para otorgarles adecuada protección²³. La aplicación del principio de proporcionalidad no sólo ha de tenerse en cuenta al momento de determinar judicialmente la sanción concreta que le corresponde al responsable del delito; antes bien, la norma penal debe reflejar el respeto por dicho principio no sólo en cuanto al supuesto de hecho, sino también en cuanto al margen abstracto de pena con que se debe sancionar dicho supuesto.

Sobre la relevancia del concepto de bien jurídico y a propósito de sus interesantes comentarios acerca del principio de lesividad, el Prof. TERRADILLOS BASOCO sostiene que, para poder identificar si se cumple con el mencionado principio, habría que identificar cuál es el bien jurídico protegido con un concreto tipo penal. El autor manifiesta, entonces, lo siguiente: “Reivindicar la identificación legal de un bien jurídico afectado no se confunde con reivindicar la creación de ese bien jurídico por parte de la ley penal, sino del acotamiento legal de un sector de la realidad previo a la norma que se estima acreedor de especial tutela. Dicho de otro modo,

²² MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal: Parte general (Fundamentos y Teoría del delito)*. PPU Barcelona, 1990. p. 137

²³ Cfr. LOPERA MESA, Gloria. “El principio de proporcionalidad en derecho penal”. En: *Jueces para la democracia*. Nro. 53, 2005

el proceso de identificación normativa presupone la existencia de un sector de la realidad valorado”²⁴. A partir de sus comentarios, me interesa recordar que el bien jurídico como objeto merecedor de tutela penal, es una noción previa a la existencia de la norma que lo protege –o debería serlo-, y que al enfrentarnos a un tipo penal de cara a afirmar su legitimidad –supuesto que implica que cumpla con los principios penales-, es relevante partir por identificar cuál es el fin que busca protegerse con éste. Desde la postura analizada, ese fin sería el bien jurídico. En tal sentido, el bien jurídico nos sirve también como criterio de interpretación de la norma penal.

Sin perjuicio de desarrollar más adelante cuál es el concepto de bien jurídico, considero pertinente manifestar –por ahora, genéricamente – que lo que postula esta teoría es que existen “valores” o “intereses” esenciales para la sociedad en su conjunto y que proporcionan las herramientas para que la persona humana ejerza el libre desarrollo de su personalidad. Sin embargo, y como menciona el Prof. TERRADILLOS –citado líneas antes-, para su configuración normativa debe existir una valoración: ¿cuán relevante es la mantener la incolumidad de “esto” –bien jurídico- para la sociedad en su conjunto? Por supuesto, no se trata de adoptar criterios subjetivos o individualmente considerados, sino de valorar todo aquello que nos proporcione, de manera esencial, la posibilidad de vivir en sociedad en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Ahora bien, no toda conducta tiene la capacidad de lesionar un bien jurídico en su contenido más esencial y, siendo así, no necesariamente tenga que aplicarse una consecuencia tan grave como las aplicadas en el ámbito penal. Por ello, si bien el derecho penal protege los bienes jurídicos más importantes, solo actúa frente a conductas que los lesionen más gravemente. Así, por ejemplo, la Administración Pública es un bien jurídico cuya funcionalidad se protege por el derecho penal bajo la consideración de que es imprescindible para la sociedad en su conjunto, ya sea para el acceso a los servicios que le brinda –y que el Estado está obligado a otorgar-, como para hacer posible el ejercicio de otros derechos en un ordenamiento que promueve la participación activa de los ciudadanos en los diversos sectores de la realidad; así como para hacer posible instituciones elementales como la justicia. Otro ejemplo, son la vida y la salud; sin embargo, su consideración como bienes jurídicos protegidos no parte de valorar la importancia que tiene para la persona –individualmente considerada-, sino de su condición indispensable para que las personas en general puedan desarrollarse en la sociedad e interactuar en ella.

El derecho penal, desde esta teoría, encuentra su razón de ser, su finalidad y la justificación de su existencia –como marco punitivo más intenso- en la protección de estos “valores” o “intereses”²⁵. Allí y no a la norma, apunta su protección. La norma penal en todo caso, y en base al principio rector de la legalidad, es el medio por el cual se plasma y efectiviza la intención estatal de proteger dichos fines. Por lo tanto, para proteger los bienes jurídicos debemos recurrir a la norma y ésta es creación –en principio- del legislador; éste tiene la tarea

²⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Sistema penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derecho penal*. Lima, ARA, 2010. p. 125

²⁵ Los términos “valores” e “intereses” utilizados en esta explicación, son expresados de manera genérica, es decir, sin pretender aún conceptualizar o definir –en base a ellos- al bien jurídico.

de crear la norma en base a la valoración que se le ha otorgado a dichos intereses elementales. La labor de valoración es, entonces, previa a la creación de la norma penal. Luego de ubicado el fin legítimo –penalmente relevante–, el legislador debe realizar el juicio de ponderación correspondiente²⁶: el bien jurídico y la forma “más efectiva”²⁷ de protegerlo. Dicho juicio será su *pauta* primordial y no podrá crear la norma penal prescindiendo de ella.

Por otro lado, cabe aclararlo, los bienes jurídicos no deben identificarse con valores morales –a pesar de las críticas de un sector de la doctrina en dicho sentido–. Si bien, no se puede dejar de reconocer la tarea relativamente compleja que implica su definición –sobre todo en el caso de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos–, cabe aclarar que actualmente entre los partidarios de esta teoría un casi unánime sector descarta la identificación de los bienes jurídicos con valores éticos o morales. Sin embargo, cabe aclarar que las conductas tipificadas como delitos pueden a su vez merecer reproche desde el plano ético –aunque dicho reproche no sea el que justifica la intervención penal, claro está–. Lo sostenido anteriormente también es manifestado por LUIGI FERRAJOLI en los siguientes términos: “(...) El principio liberal de la separación derecho-moral, si bien en el plano teórico-descriptivo excluye del concepto de delito cualquier connotación de tipo moral o natural, no impide que las prohibiciones legales sean susceptibles de prescripción y/o valoración en el plano ético-político.”²⁸

De otro lado, la teoría del bien jurídico ha sido confrontada con el criterio utilizado en la tradición jurídica inglesa para establecer lo que es o debe ser objeto de protección penal: el *Harm Principle* o principio del daño. En las líneas que siguen, me interesa desarrollar el contenido de este principio respecto del cual un sector de la doctrina ha encontrado similitud con la teoría de los bienes jurídicos; mientras que otro, su diferenciación con la misma.

Para explicar de qué trata el *Harm Principle* o principio del daño, VON HIRSCH comenta la postura del filósofo JOHN STUART MILL en los siguientes términos: “Bajo los presupuestos de la concepción de Mill, no pueden castigarse legítimamente conductas que únicamente conllevan una lesión para uno mismo, ni tampoco puede justificarse el castigo de una conducta únicamente en virtud de su inmoralidad. Así concebido, el ‘principio del daño’ ha sido utilizado en la discusión angloamericana como argumento frente a la prohibición penal del consumo de alcohol, de la prostitución o de la homosexualidad”²⁹. En tal sentido, VON HIRSCH sostiene que

²⁶ Entendiendo que aunque ya se haya reconocido un fin legítimo digno de protección penal, la determinación de las conductas objeto de sanción –al limitar la libertad de actuación de los ciudadanos–, así como la sanción misma, deben obedecer a criterios de idoneidad y necesidad respecto de la protección de dicho fin.

²⁷ Aunque tomando en cuenta que no necesariamente se cumple en la realidad, me refiero a criterios eficacia o eficiencia sin obviar el obligatorio análisis respecto a la necesidad de la aplicación de sanciones suficientes y no excesivas –o más allá de lo razonable–, sino, lo más proporcionales posibles a la importancia del fin protegido y a la gravedad de las formas de conducta tipificadas.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Madrid, Editorial Trotta, 2009. p. 460.

²⁹ VON HIRSCH, Andrew: “El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’”. /En: “La teoría del bien jurídico”. Ed: HEFENDEHL, Ronald. Ed. Española: ALCÁCER, Rafael. MARTÍN, María. ORTIZ DE URBINA, Íñigo/ Madrid, Marcial Pons, 2007. p. 39

para MILL³⁰ el único criterio para la penalización de los comportamientos era el *Harm Principle*. Al respecto, considero que lo que MILL estaría sosteniendo con sus premisas no es incorrecto pero tampoco es suficiente. Si bien es cierto no deben penalizarse conductas en base a su mera 'inmoralidad', también lo es que existen muchas de ellas que –lejanas a los criterios de la moralidad/inmoralidad- pueden traer como consecuencia efectos indeseables por diversas ramas del ordenamiento además del ámbito penal – administrativo y/o civil, por ejemplo³¹- o, incluso, fuera de éste y de manera exclusiva. MILL delimita, entonces, en clave negativa, lo que no debe penalizarse; sin embargo, no se pronuncia sobre aquello que sí debe serlo.

Por otra parte, VON HIRSCH analiza la obra de FEINBERG³², quien –a decir de aquél- reformula en clave positiva la postura de MILL, sosteniendo que dicho principio debe estar orientado a potenciar la convivencia social y que para ello deben protegerse los intereses de las personas frente a injerencias externas lo más posible, de tal manera que se optimice la esfera de libertad de actuación de todos los ciudadanos. Tomando como base el análisis propuesto, MILL orientaría el *Harm Principle* también a las conductas dañosas y serían susceptibles de protección penal aquellas conductas que, si bien no generan un daño efectivo, tienen la potencialidad de hacerlo. Según la postura analizada –la de FEINBERG- el criterio para determinar la potencialidad dañosa de la conducta se encontraría en la probabilidad de que ese daño pueda efectivizarse en el futuro. Por lo tanto, acota VON HIRSCH, para FEINBERG, no existen mayores problemas con la tipificación de las conductas de peligro abstracto –bastarían la existencia de dolo y/o culpa-. VON HIRSCH comenta la posición de FEINBERG en los siguientes términos:

Feinberg pone de manifiesto que el harm principle debe configurarse como un principio limitador, promoviendo que no sean criminalizadas conductas que, aún siendo indeseables, no causen daño o un riesgo de lesión (...). Pero no toda conducta lesiva ha de ser prohibida penalmente, ya que Feinberg introduce toda una serie de mediating principles, que han de ser tenidos en consideración antes que intervenga el derecho penal. Dichos mediating principles se refieren a la intensidad y probabilidad del daño, la relevancia de los intereses a proteger, el grado de limitación de la libertad personal del autor y el valor social del comportamiento. Y también

³⁰ La obra de MILL, citada por VON HIRSCH, data del año 1859 y se titula "*On Liberty*". El fragmento de la obra, citado por VON HIRSCH para formular sus comentarios, es el siguiente: "*Que la única finalidad por la que el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque esto fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo (...)* La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne solamente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano" (Vid. versión traducida: *En Libertad*. España, Alianza Editorial, 1997 - Traducción de Pable Azcárate). Cita a pié de página, vid. *Ibidem*.

³¹ Como ejemplos bastante conocidos se encuentran aquellas conductas que configuran infracciones graves de carácter administrativo pero no revisten relevancia penal, o aquellos casos en donde la conducta es relevante tanto penalmente como administrativamente –circunstancia ésta última, por cierto, en donde se plantea la problemática del principio *Ne Bis In Idem*-.

³² La obra de FEINBERG, comentada por el autor, se titula "*Harm to Others*" de 1984. VON HIRSCH, también realiza sus comentarios basándose en otra obra de este autor: "*Offence to others*" de 1985.

deberá tenerse en cuenta si la conducta ha de ser regulada mediante sanciones sociales informales o por el Derecho civil³³.

En buena cuenta, los *mediating principles* a los que se hace referencia, equivalen a los principios limitadores del derecho penal, tales como: la proporcionalidad –respecto a la intensidad de la sanción penal y a la restricción de la libertad de actuación de las personas- y *última ratio* –en tanto que no todas las conductas merecen la intervención penal-. Asimismo, se hace referencia al valor social del comportamiento, premisa que me invita a aprovechar para acotar, nuevamente, de que los bienes jurídicos no se valorizan según tengan connotación “moral” o “ética”; es decir, que el adherirnos a esta teoría –la de los bienes jurídicos-, no implica, como un sector crítico sostiene, afirmar que el derecho penal protege valores morales.

Realizando una comparación entre lo que en el derecho eurocontinental denomina como bienes jurídicos y el *Harm Principle* anglosajón, VON HIRSCH, manifiesta que el concepto del daño como elemento central de la tesis del *Harm Principle* debe ser entendido a partir de la noción de “interés”. Sostiene el autor que se debe entender el “interés” como “un ‘recurso’ sobre cuya integridad tiene una pretensión la persona involucrada”³⁴. Para definir qué es un “recurso”, el autor sostiene que dicha noción no debe equipararse a la vulneración de una prohibición y que más bien debe entenderse como la capacidad que tiene cierto valor para lograr la finalidad del mantenimiento de una calidad de vida estándar. Una vez construido ese planteamiento en cuanto a la tesis del principio del daño, VON HIRSCH sostiene lo siguiente: “Si el concepto de daño, central para el *harm principle*, se define como el menoscabo de un recurso con respecto al que una persona tiene una pretensión o un derecho, se están incluyendo en esa definición, si no me equivoco, los distintos aspectos de la discusión alemana acerca del concepto fundamental ‘bien jurídico’. En consecuencia, podría afirmarse que a partir del *harm principle* puede construirse algo parecido a un bien jurídico”³⁵. El autor encuentra así, similitudes entre ambas teorías. Sin embargo, cabría preguntarse si el criterio del daño – o menoscabo de un “recurso”, en los términos de VON HIRSCH- es suficiente para definir aquello que debe ser objeto de protección penal: nuevamente, cualquier daño no es relevante para la aplicación de sanciones penales. Por lo tanto, desde mi postura, si lo que intentamos es definir el bien jurídico, no podemos hacerlo bajo el exclusivo criterio del daño. Sin embargo, es importante reconocer que mucho dependerá el concepto de bien jurídico que se tenga para determinar si hay una equivalencia, intensa o no, entre el *Harm Principle* y el bien jurídico³⁶.

En esa línea, la tesis del principio del daño o *Harm Principle*, ha sido criticada por MICHAEL KAHLO quien afirma una radical identificación clara entre el concepto del daño de éste y el concepto de bien jurídico. Así, KAHLO manifiesta:

³³ VON HIRSCH, Andrew. Óp. cit. p. 41

³⁴ Ídem. p. 42

³⁵ Ídem. p. 43

³⁶ Incluso, como se mencionó previamente, el principio del daño tiene una versión distinta en FEINBERG respecto de MILL.

Según ese principio limitador de la libertad, el comportamiento humano sólo debería ser punible cuando conlleve a un daño para terceros (harm to persons other than the actor). Ello no constituye una razón ni necesaria ni suficiente para la prohibición bajo pena de una conducta, pero con su aplicación pueden quedar excluidas del Derecho penal aquellas conductas que o bien sólo conllevan daño para el agente o bien sólo vulneran representaciones morales, por cuanto su incriminación atentará contra el presupuesto de la libertad³⁷.

Así, KAHLO rescata del principio en comentario su aporte como criterio para establecer lo que no puede ser objeto de protección penal, sin embargo, no es un criterio que oriente con precisa claridad hacia lo que sí debe ser incluido dentro de la esfera de protección penal.

Entonces, mientras VON HIRSCH encuentra similitudes entre el bien jurídico y el principio del daño como criterio de objeto de protección del derecho penal, KAHLO -por el contrario- encuentra diferencias sosteniendo que en el caso del principio del daño o *Harm Principle*, el centro de atención se encuentra en la lesión del interés o en el daño mismo, mientras que los bienes jurídicos -desde su punto de vista- son elementos básicos constitutivos de la libertad personal. Según entiendo, el autor haría referencia a lo que se puede expresar como la diferencia que existe en afirmar “cuándo actúa el derecho penal” -principio del daño y lesión de interés o probabilidad de que ello suceda (en los términos de FEINBERG)-, respecto del “porqué actúa el derecho penal” -en tanto elemento configurador del objeto de protección que es lo que aquí centralmente interesa definir-. MICHAEL KAHLO no niega que en la concepción de FEINBERG -cuya obra también analiza-, existe un aspecto positivo evidenciado en el uso del término “interés”, sosteniendo que es ésta la noción que sí tiene correspondencia con el bien jurídico aunque acotando que para que el *harm principle* pueda hallar equivalencia conceptual al bien jurídico en dicho término, tendría que definirse qué es lo que se entiende por “interés”. Si bien, por parte de FEINBERG se hace referencia al “interés” de los otros, dicha definición peca de difusa, sostiene KAHLO. Agrega, además:

(...) con la mera distinción entre conductas relevantes para terceros y relevantes para uno mismo y su relación con un concepto de interés carente de mayor profundización en el ensayo sobre libertad no puede trazarse una delimitación entre la ética, el Derecho y el Derecho penal. Y la dificultad inherente a esa diferenciación se ve incrementada con una concepción de ese ‘interés’ basada en el presupuesto de una individualidad entendida como barrera de separación ante los demás, la cual prácticamente cierra el paso a una protección de la libertad por medio del Derecho (penal), en tanto el Derecho es expresión de una forma comunitaria, cuyo fundamento y configuración no puede estar apoyado exclusivamente en la salvaguarda de la más amplia esfera posible de la libertad de arbitrio del individuo entendido como ente aislado³⁸.

Considero correcta la apreciación de KAHLO. Sin embargo, respecto a la comparación realizada entre el *Harm Principle* y la teoría del bien jurídico, considero preciso acotar que dentro

³⁷ KAHLO, Michael: “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal”./ En: “La teoría del bien jurídico”. Ed: HEFENDEHL, Ronald. Ed. Española: ALCÁCER, Rafael. MARTÍN, María. ORTIZ DE URBINA, Íñigo/ Madrid, Marcial Pons, 2007. pp. 59 y 60

³⁸ Ídem. pp. 63 y 64

de los partidarios de la teoría del bien jurídico no existe unanimidad respecto a la definición de éste sino todo lo contrario. Por lo tanto, quizás algunas explicaciones en doctrina puedan identificarse de manera más cercana al principio del daño –y otras distanciarse en un gran margen-. Más allá de ello, definitivamente, el criterio delimitador del fin que busca proteger el derecho penal –a contraparte a lo que no es su objeto de protección- no puede definirse en clave negativa –no basta, no es suficiente para establecer qué es lo que sí debe proteger y porqué-. Asimismo, y aunque más adelante desarrollaré acerca del concepto del bien jurídico, debemos partir siempre de la idea de una persona en tanto miembro de una sociedad determinada en donde interactúa a través de los distintos roles que le corresponde ejercer en determinados contextos –o, en los términos de TERRADILLOS BASOCO, en determinados sectores de la realidad-. Un bien jurídico no se protege porque sea un derecho individual –aún cuando a su vez también se configure como uno-, la valoración que mencionaba párrafos antes no es individual sino social.

En conclusión, se pueden encontrar –desde el punto de vista aquí adoptado- mayores diferencias que semejanzas entre la teoría del principio del daño y la de los bienes jurídicos aunque, ciertamente, existen puntos de confluencia interesantes. No ocurre así con la teoría de la vigencia de la norma por lo que el breve análisis comparativo no ha sido realizado con respecto a ésta. En el punto de partida del *Harm Principle*, la finalidad del derecho penal no se enlaza directamente con la norma que posibilita legalmente ello –tal como ocurre con la teoría de los bienes jurídicos-, sino, con determinados “intereses”. Si algo queda claro, es que el principio del daño se aleja de manera importante de la teoría de la vigencia de las expectativas normativas y, en todo caso, es más cercana –aunque no equivalente- a la de los bienes jurídicos.

La definición de lo qué es un bien jurídico es un tema que abordaré más adelante, por ahora –y a continuación- me interesa sentar posición sobre la teoría aquí adoptada.

3. Postura personal. Una visión ecléctica.

Desde ya, adelanto que la postura aquí adoptada es la de la teoría de los bienes jurídicos. Para argumentar las razones por las que adopto dicha teoría, iniciaré primero con algunas críticas respecto a la teoría de la vigencia de las expectativas normativas. No obstante, debo acotar que desde aquí se comparte la relevancia de la teoría de los roles y de la concepción normativa de persona, sin embargo no comparto el punto de partida de la tesis funcionalista. Respecto de la teoría de los roles, por ejemplo, no puede negarse que la persona en el marco de la constante interacción en sociedad desempeña diferentes roles que, dependiendo de cuáles se traten, implicará para el portador del mismo que organice de manera responsable los deberes impuestos. Sin embargo, la lesión del deber de respetar los roles no es –desde la perspectiva a la que me adhiero, el fundamento de la intervención del derecho penal. Mi posición en todo caso, es “ecléctica” –pues si bien se sostiene al bien jurídico como fin del derecho penal no se descartan de plano los aportes funcionalistas aunque, ciertamente, partiendo de una base distinta -. Por esa razón, en el desarrollo de este trabajo se hace mención a los roles positivos y a la infracción de deberes en el caso de los funcionarios públicos sin implicar por ello que la base de la que acá se parte sea la misma de la que parte la posición funcionalista al respecto. Acerca

de la norma penal, ésta no deja de tener relevancia en cuanto al efecto comunicativo y delimitador del libre ejercicio de actuación de las personas, sin embargo, no por ello su vigencia es el fin del derecho penal. Me explico mejor: convengamos que cada persona que interactúa en sociedad, efectivamente tiene asignado por lo menos el rol “negativo” de no lesionar a otros y que quienes también interactuamos ejerciendo nuestros propios roles, efectivamente, asumimos o tenemos la expectativa con que todos cumplan con organizar responsablemente la esfera de su propia competencia. Son las normas las que engloban o encierran los límites en el ejercicio de los roles –de hecho, por seguridad jurídica y el carácter vinculante que tiene ésta frente a la sociedad en su conjunto, no podría ser de otro modo. Sin embargo, la pregunta que cabría hacer aquí sería ¿porqué existe esa norma? o ¿cuál era su finalidad legitimadora para crearla o cuál la razón e importancia de mantenerla en nuestro ordenamiento? Considero que es una respuesta que lo propulsores de la teoría de la vigencia de la norma no han debido eludir –por lo menos no en el marco de esta concreta propuesta planteada-.

Algunas de las críticas esbozadas en doctrina respecto a la teoría funcionalista principalmente propulsada por JAKOBS, son comentadas por ABANTO VÁSQUEZ en los siguientes términos:

(...) norma y bien jurídico no deberían ser desligados pues la primera debe basar su existencia en el segundo. En más, dado que la ‘norma’ no puede ser nunca considerada por sí misma, como algo ‘valioso’, sino como creación del poder para limitar la libertad de sus destinatarios, siempre se debería exigir que justifique la necesidad de su existencia; tal justificación solamente puede obtenerse a partir de la finalidad del derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho: la protección de ‘bienes jurídicos’ que directa o indirectamente están relacionados con los intereses de los ciudadanos. (...) ³⁹.

Como de alguna manera ya habría adelantado en anteriores comentarios, comparto la idea sostenida por el autor de la cita previa. Más allá de ello, sin embargo, una principal distinción que puede resaltarse es la falta de atención a la legitimidad –de las normas- que se observa en JAKOBS y los adherentes a su postura. Cuando se toma conocimiento de la postura de que el derecho penal tiene como fin la protección de la vigencia de las normas, una pregunta es ¿qué pasa si la norma que se dice que el derecho penal tiene como fin proteger es inconstitucional –por ejemplo-? En seguida, es posible que esa pregunta sea respondida con la respuesta de que el derecho penal no se ocupa de la constitucionalidad de las normas –que sería, en todo caso, tarea de otras áreas del derecho-. Lo último no deja de ser cierto –en nuestro país, por ejemplo, existe el control difuso y el control concentrado de las leyes que contradigan a la Constitución-, sin embargo, el cuestionamiento va más allá y requiere de otras consideraciones.

³⁹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: “Acerca de la teoría de los bienes jurídicos”/ En: “Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal”. Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez/ Lima, IDEMSA, 2007. p. 46. El autor critica duramente la teoría de Günther JAKOBS, incluso refiriéndose a sus posiciones conocidas en doctrina como “derecho penal del enemigo” –sosteniendo además que el citado autor avalaría la prevalencia de un “derecho penal de autor” con la teoría de la vigencia de la norma-.

Un crítico de la postura de JAKOBS –aunque no tan radical como otros autores- es FEIJOO SÁNCHEZ, quien, por ejemplo, no considera que aquél con su postura legitime cualquier clase de sistema –por lo menos no expresamente- sino que, en realidad, no toma en cuenta la cuestión de la legitimidad. FEIJOO SÁNCHEZ lo expresa en los siguientes términos:

(...) Yerran, sin embargo, las críticas ideológicas que entienden que la teoría de Jakobs legitima cualquier sistema penal. (...) Jakobs sólo explica el papel del Derecho penal en cualquier sociedad que realmente exista y esté organizada. (...) Jakobs (...) ha mantenido siempre que no es preciso tratar la legitimidad del Derecho penal mientras resulte funcional para una determinada sociedad; es decir, mientras funcione para mantener la identidad normativa o el sistema social, sean cuales sean las características éste. Jakobs he pretendido con sus trabajos comprender la normatividad en sí y no tratar la legitimidad de las normas⁴⁰.

En efecto, JAKOBS ha sido duramente criticado desde la posición de que, bajo su perspectiva –en la que lo que interesa es solamente el mantenimiento del sistema a través de la vigencia de las normas que lo rigen-, incluso los sistemas dictatoriales se verían “legitimados” a través de la exigencia penal de que permanezcan vigentes sin importar la contradicción de éstos con principios fundamentales. En realidad, como comenta FEIJOO, eso no lo plantea expresamente JAKOBS –por ello, esa crítica peca de radical-. Sin embargo, la cuestión de la legitimidad de las normas no es un tema que deba ser ajeno al derecho penal –todo lo contrario⁴¹-, por ello, la crítica en esa dirección tendría que ser justamente el hecho de que excluya de su planteamiento este tema. Resulta que no puede obviarse, desde el punto de vista que considero primordial, el asunto de si la norma penal –expresión positiva y legal del ejercicio del *ius puniendi* del Estado- forma parte de nuestro ordenamiento sancionador –y, por lo tanto, nos vincula- para cumplir con determinados fines. La perspectiva funcionalista sistémica de JAKOBS y –un tanto más radical- LUHMANN, considera que el derecho es sólo comunicación y su excesivo formalismo conlleva a preguntarnos en qué posición queda, en su planteamiento, la política criminal. Ya había mencionado la relevancia de la política criminal –bien entendida y aplicada – y su estrecha relación con la legitimidad que deberían tener las normas penales, por ello considero acertado ese argumento en clave de crítica.

Por su parte, respecto a la finalidad asignada al derecho penal sobre las expectativas normativas, es importante aclarar –y con ello criticar la postura funcionalista al respecto- que si bien compartimos la teoría de los roles, no es suficiente sostenernos en la infracción de los mismos para legitimar la intervención punitiva penal. Si bien, al vulnerar un bien jurídico, se quebranta un rol –positivo o negativo-, no necesariamente el mero quebrantamiento de los deberes que corresponden a un rol concreto configura un hecho penalmente relevante. Con un ejemplo: a un funcionario público le competen roles “positivos”, ocupa una posición de garante

⁴⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *“La normativización del Derecho Penal. ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?”*. Lima, ARA, 2007. p. 71.

⁴¹ Debo aclarar, claro está, que este trabajo no pretende expandirse respecto de una teoría sobre la legitimación o legitimidad de las normas sino, en todo caso, considerar los aspectos criticados a la teoría esbozada.

respecto al bien jurídico Administración Pública⁴² y le corresponde organizar eficazmente todo lo que forma parte de sus competencias -asignadas, además, según el sector concreto en el que se desenvuelva-. Si este funcionario público no cumple con todos sus deberes habría infringido su rol, sin embargo, dicha infracción podría configurar una infracción administrativa y no necesariamente una de carácter penal. No es el solo hecho de la infracción del rol lo que se debe sancionar, sino el significado que encierra esa infracción -que sería, en el caso del funcionario público, que debido a ello no se haga posible el funcionamiento de la administración pública en el sentido de la no efectivización de la prestación de los servicios esenciales que ésta brinda a la ciudadanía (según el caso en concreto, dependerá las concretas funciones que el funcionario tenía el deber de cumplir para identificar que concreto sector no ha ejecutado sus funciones afectando a los ciudadanos)-. Cómo sostiene ABANTO VÁSQUEZ: “(...) el concepto de ‘bien jurídico’ no es una construcción gratuita que pueda ser reemplazada con la ‘lesión de la norma’, pues sólo el concepto de bien jurídico permite controlar al legislador y al intérprete en la formación y la aplicación de las normas penales.”⁴³.

Aquí, y destacando que en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho uno de sus pilares fundamentales es el principio de legalidad, la norma penal debe ser considerada como la herramienta para lograr el fin y no ser el fin en sí mismo. Justamente, allí donde se establece que determinada conducta merece una sanción penal, el principio de legalidad frena el ejercicio abusivo de la potestad sancionadora en base a dicho principio⁴⁴. Tal como lo señala BUSTOS RAMÍREZ: “El principio de legalidad es un límite al ius puniendi que está en relación con todo el sistema penal en su conjunto. Cada momento de la dinámica penal, ya sea de la creación de la norma, ya sea de la aplicación y de ejecución de la misma está formalizado por medio de la ley. El Estado no puede exceder lo que está taxativamente señalado en la ley.”⁴⁵ Pero además, y como se sabe, existen otros principios que rigen el derecho penal y la sanción penal que pudiera aplicarse no puede ser nunca irrazonable. Más aún, nuestro ordenamiento no debe estar formado por normas penales carentes de proporcionalidad o que obedezcan a un derecho penal simbólico; por ello, la labor de legislador debería atender a un cuidadoso examen del cumplimiento por principios que legitiman la intervención punitiva del Estado⁴⁶. En tal sentido,

⁴² Cabe aclarar que al referirme al bien jurídico “administración pública”, lo hago todavía de manera general. Esto es, a modo general de explicación para efectos del ejemplo que en este apartado pretendo exponer. Es precisamente parte de este trabajo el sostener la relevancia de considerar que dentro de los delitos contra la administración pública existen bienes jurídicos específicos protegidos.

⁴³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Óp. cit. p. 47

⁴⁴ Acerca del principio de legalidad, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas sentencias. Así, solo por citar algunos ejemplos, tenemos la STC N° 0010-2002-AI/TC; STC N° 1469-2011-HC/TC; STC N° 2192-2004-AA/TC; STC N° 1569-2006-AA/TC; entre otras.

⁴⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “Obras completas: Derecho Penal / Parte general”. Lima, ARA Editores, 2004. p. 565.

Además, según la clasificación de esta autor, la conducta reprochada penalmente debe obedecer a los parámetros exigidos por las distintas dimensiones del principio de legalidad: reserva de ley -*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*-, taxatividad y certeza -*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*- y la exigencia de la retroactividad benigna -*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*-.

⁴⁶ Entre los principios que legitiman el derecho penal se encuentran -por ejemplo- los de fragmentariedad, subsidiariedad, mínima intervención y/o última ratio. Respecto a éstos, debe recordarse que en el derecho penal, el riesgo creado debe ser penalmente relevante e implicar la vulneración o puesta en peligro de un bien jurídico de

importante relevancia para el mantenimiento de un sistema que garantice la realización de los ciudadanos. Ese poder sancionador encuentra límites en principios tales como el de mínima intervención -aunque algunos autores indistintamente lo denominan principio de subsidiariedad- que en palabras de VILLAVICENCIO TERREROS, reza lo siguiente: “...la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse cuando no haya más remedio. Por ello, el Derecho Penal sólo debe permitir la intervención punitiva estatal en la vida del ciudadano en aquellos casos donde los ataques revisten gravedad para los bienes jurídicos de mayor trascendencia. Esto exige un **programa de control razonable de la criminalidad**. Si su labor es fijar los límites al poder penal, expondrá los casos en los cuales el ejercicio punitivo es legítimo. Las ofensas menores son objeto de otras ramas del ordenamiento jurídico” (Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: “Derecho Penal: parte general”. Lima, Grijley, 2006. p. 92). Lo que quiere decir en sencillas palabras que el derecho penal sólo debe intervenir ante conductas especialmente graves o lesivas y respecto de intereses de gran relevancia por el contenido esencial que comportan para las personas. Por su parte, LUZÓN PEÑA al referirse a este principio extiende su aplicación no solo para efectos de establecer la pertinencia de la intervención penal, sino que, según su punto de vista, una vez determinado ello, también debe ser respetado en cuanto a la gravedad de las sanciones a aplicarse en un caso concreto: “Según el principio de subsidiariedad –también denominado entre nosotros (...) ‘principio de intervención mínima’-, derivado directamente del de necesidad, el Derecho Penal ha de ser la ‘última ratio’, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar éstos. Incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde basten los medios del Derecho civil, el Derecho público o incluso medios extrajurídicos, ha de retraerse el derecho penal, pues su intervención (...) sería innecesaria y, por tanto, injustificable. También debe haber subsidiariedad dentro de las propias sanciones penales, no imponiendo sanciones graves si basta con otras menos duras” (Vid. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: “Curso de Derecho Penal. Parte General I”. Madrid, Editorial Universitas, 2004. p. 82). Si bien generalmente se suelen confundir tanto al principio de mínima intervención como al de subsidiariedad, finalmente están muy estrechamente ligados, creo correcto distinguirlas en el siguiente sentido: mientras el principio de mínima intervención te indica que “el derecho penal solo interviene para proteger bienes jurídicos más importantes antes conductas de especial gravedad”, el principio de subsidiariedad reza que “el derecho penal debe intervenir allí cuando otros medios no sean capaces de cumplir con la finalidad de evitar la lesión de bienes jurídicos”. Al margen de ello, y como veremos más adelante, el análisis de estos principios se encuentra implícito dentro de la aplicación del principio de proporcionalidad en el proceso la creación de normas penales. Quizás por esto último, no resulta extraño que LUZÓN PEÑA defina los principios en comentario a partir del concepto de “necesidad”. Por otra parte, acerca del principio de fragmentariedad, HURTADO POZO explica lo siguiente: “El carácter fragmentario del derecho penal significa, en buena cuenta, que el Estado debe recurrir a otros medios antes de utilizarle. Entre éstos, se encuentran los previstos en las diferentes ramas del ordenamiento jurídico. De modo que los bienes jurídicos son también protegidos, por ejemplo, por las disposiciones del derecho civil, administrativo, sanitario, etc. Sólo si éstos medios resultan insuficientes o ineficaces, aparecerá como necesario emplear la amenaza penal” (Vid. HURTADO POZO, José: “Manual de Derecho Penal: parte general I”. Lima, Grijley, 2005. p. 48). En la misma línea, para VILLAVICENCIO TERREROS, el principio de fragmentariedad se explica en los siguientes términos: “Para determinar la **fragmentariedad** de la selección penal se puede partir de los siguientes fundamentos: primero, defendiendo al bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, exigiendo además, determinadas circunstancias y elementos subjetivos. Segundo, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico. Tercero, dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales” (Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: “Derecho Penal: parte general”. Lima, Grijley, 2006. p. 94). Como puede apreciarse, los principios en comentarios están muy estrechamente ligados e incluso comportan una especial similitud en su definición en doctrina. Así, en el caso del principio de fragmentariedad parece incluirse en su definición lo que se conoce como el principio de última ratio del derecho penal. Sin embargo, autores como VILLAVICENCIO TERREROS liga el concepto del primero al del principio de subsidiariedad. Aquí su definición: “Se trata de la **última ratio** o **extrema ratio**, en el sentido que sólo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todos los demás controles sociales. El Derecho Penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social” (Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: “Derecho Penal: parte general”. Lima, Grijley, 2006. p. 93). Por otro lado, acerca del principio de proporcionalidad, nuestro código penal en el artículo VIII del Título Preliminar establece -bajo la nomenclatura de “principio de proporcionalidad”- lo siguiente: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente del delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”. Ya en doctrina, dicho principio se ha ligado al principio de culpabilidad, LUZÓN PEÑA, por

ejemplo, sostiene que el principio de culpabilidad: *“Contiene una doble limitación: que no hay pena sin culpabilidad y que la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad, normal o disminuida. En el aspecto funcional este principio está estrechamente conectado a los de necesidad, eficacia y proporcionalidad”* (Vid. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *“Curso de Derecho Penal. Parte General I”*. Madrid, Editorial Universitas, 2004. p. 86.). MIR PUIG por su parte, agrega otros tantos principios que parece considerar derivados del de culpabilidad. En tal sentido, este autor menciona a los principios de personalidad, responsabilidad por el hecho, de dolo y culpa y el de imputación personal (El autor, hace una breve referencia respecto al principio de proporcionalidad aplicado al caso de las medidas de seguridad en donde no se hace latente –por razones evidentes y abundantes de comentar aquí– el principio de culpabilidad. Comenta, por cierto, que la aplicación del principio de proporcionalidad fue exigido inicialmente para la aplicación de medidas de seguridad). Más allá del desarrollo que realiza al respecto, MIR PUIG –al igual que LUZÓN PEÑA– trata separadamente los principios de proporcionalidad del de culpabilidad aunque afirma la vinculación estrecha entre ambos (Vid. MIR PUIG, Santiago: *“Derecho penal. Parte general”*. Barcelona, Editorial Repertor, 2005). Sin profundizar mucho acerca de la relación entre los principios de proporcionalidad y de culpabilidad en la determinación de la pena que ha de aplicarse en un caso específico, diré que en el marco de la determinación de una pena concreta –esto es, dentro del marco de máximos y mínimos legales–, el principio de culpabilidad y los criterios que exige tomar en cuenta son aplicados previamente al principio de proporcionalidad. Este último –desde mi perspectiva–, cuando está destinado a ser aplicado en este contexto, se aplica luego para –y en base a otros tantos criterios tales como la necesidad preventivo-especial positivo (por citar un ejemplo)- responder a la pregunta de cuál es la sanción que le corresponde luego de determinada la culpabilidad del agente. En tal sentido, como sostiene URQUIZO OLAECHEA: *“Culpabilidad penal y principio de proporcionalidad respecto de la aplicación de la pena no concurren con argumentos similares, pero, no se contraponen”* (Vid. URQUIZO OLAECHEA, José: *“Principio de Proporcionalidad Penal”*. / En: *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*/ Madrid, Editorial Tecnos, 2002. p. 194). Ahora bien, algunos sostienen que este principio no se encuentra recogido expresamente en nuestro texto constitucional, considero que ello no es del todo correcto. Así, la Constitución Política no establece específicamente que el legislador en el proceso de creación de un tipo penal deba respetar el mencionado principio, contiene una disposición que lo reconoce como un límite para la restricción de los derechos fundamentales que la carta magna reconoce. En tal sentido, el último párrafo del artículo 200° de la Constitución establece lo siguiente: *“(…) Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo (…)*” Si bien es cierto, el citado precepto se ubica dentro del Título que reconoce a los procesos constitucionales como las vías para solucionar los casos de vulneración de derechos fundamentales -incluso en casos excepcionales como los estados de emergencia y/o de sitio-, de una interpretación sistemática de la Constitución, el parámetro y criterio de la proporcionalidad y razonabilidad como límites para restringir los derechos y libertades de los ciudadanos es imperativamente aplicable al caso de la restricción de la libertad personal (ejemplo de la pena privativa de libertad) como consecuencia de una sanción penal. Una interesante y acertada propuesta es la de de LOPERA MESA. La autora realiza un análisis detallado sobre la aplicación del principio de proporcionalidad como criterio de legitimidad de las normas penales. Si bien ella describe cómo se aplica el mencionado principio, incluye en sus análisis la evaluación de otros principios a los que ya hemos hecho referencia previa: última ratio, subsidiariedad, fragmentariedad, etc. Para ello, LOPERA MESA divide la norma en “norma de conducta” y “norma de sanción”. Con la primera se refiere al supuesto de hecho considerado –o, ha considerarse– como conducta delictiva; con la segunda, a los límites máximos y mínimos de las sanciones penales correspondientes. Tomando en cuenta los criterios que forman parte del análisis del principio de proporcionalidad, propuestos principalmente por el Prof. Robert ALEXY (Vid. obra del autor: *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997); la autora sostiene lo siguiente: *“Si como se ha dicho, el presupuesto para dar aplicación al principio de proporcionalidad es la existencia de una colisión entre principios constitucionales, lo primero será verificar la existencia de dicha colisión en el caso ha decidir. Para ello es preciso, en primer lugar, determinar cuáles son los derechos fundamentales prima facie afectados por la ley penal, tanto a través de la prohibición contenida en la norma de conducta, como mediante la definición de la clase y cuantía de pena establecida en la norma de sanción. (...) En segundo término de la colisión se establece cuando se examina la legitimidad constitucional del fin perseguido con la intervención penal. Para ello es preciso, en primer lugar, establecer cuál es el bien o bienes jurídicos que el legislador busca proteger con su intervención y, seguidamente, verificar si la protección penal de tales bienes no está prohibida por la constitución con carácter definitivo, lo que ocurrirá cuando no sea posible hallar un principio constitucional que ofrezca prima facie cobertura constitucional a la medida, y en cambio sí existan normas que operen en el razonamiento como reglas y prohíban la persecución de*

sostener que lo que se protege directamente es la vigencia de la norma penal es olvidarse de que la misma podría ser arbitraria, inconstitucional o contraria a los principios y valores fundamentales que reconoce la carta constitucional. Si bien el derecho penal no se ocupa del control de la constitucionalidad de las leyes, el hecho que éstas lesionen tales principios rectores es argumento bastante para que se ejerza para que se les expulse del ordenamiento –a través del control concentrado- o no se apliquen en el marco de la resolución de un caso concreto –a través de ejercicio del control difuso-. Estos motivos también son relevantes para contradecir el criterio formalista de la teoría de la vigencia de las norma como fin del derecho penal.

Respecto a la posición acá asumida a favor de la teoría de los bienes jurídicos, considero relevante comentar acerca de las bases de corte liberal de las que parte la misma. Si bien, como más adelante quedará asentado, no considero coherente asumir teorías radicalmente personalistas, es importante tomar en consideración dicho punto de partida –distinto, claro está, al del planteamiento funcionalista sistémico-. ¿En qué consisten los postulados liberales de los que parte la teoría del bien jurídico –y que, por cierto, coadyuve luego a plantear un concepto de bien jurídico (para no caer en el mismo abstraccionismo o formalismo criticado a la teoría de la vigencia de las expectativas normativas) -? Al respecto, ALCÁCER GUIRAO⁴⁷, comenta:

No creo que sorprenda la afirmación de que el primer postulado del liberalismo es la prioridad axiológica de la libertad de la persona. Ello lleva, en primer lugar, al postulado de limitar la reducción de la misma por parte del Estado al mínimo imprescindible; esto es, a lo necesario para proteger las esferas de libertad de terceras personas. De este modo, el fundamento del Estado no es sino el de proteger las libertades básicas de los ciudadanos. (...) ⁴⁸.

determinados fines” (resaltado añadido). (Vid. LOPERA MESA, Gloria Patricia: “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales” / En: *Jueces para la Democracia* / N° 53, 2005. pp. 40 y 41). En todo caso, concretizando en el tema tratado en este trabajo, lo comentado acerca de estos principios, en los delitos de corrupción de funcionarios el fin que se pretende proteger tiene definitivamente el carácter de legítimo. Pero, como ya se ha adelantado previamente, no basta con encontrar ese fin. Ese es un presupuesto esencial, pero luego, la tarea del legislador –asumiendo por un instante que aún no ha tipificado nada- debería ser el análisis del supuesto de hecho que se pretende sancionar para proteger el bien jurídico. Comparto por ello –desde la practicidad del método de análisis- el enfoque de LOPERA MESA de dividir en estos casos los ámbitos de análisis de la norma penal –que aplicado a un supuesto en donde aún no se ha creado nada, sería, justamente, el análisis en el proceso de la creación de la norma penal- entre “norma de conducta” y “norma de sanción”. Para el caso de la norma de conducta o lo que yo prefiero denominar el “supuesto de hecho”, la aplicación del principio de proporcionalidad se justifica en tanto que la colisión que se presenta está en la limitación de la conducta del funcionario público (en otras palabras, hasta dónde su actuación “irregular” debe ser considerada delito; o, en todo caso, hasta dónde alcanzan el tope máximo sus espacios de libertad dentro del rol específico que cumple) frente a la protección del mantenimiento de las condiciones de seguridad del bien jurídico administración pública –que, por cierto, tiene asignadas funciones constitucionalmente reconocidas-. En el caso de la norma de sanción, el principio de proporcionalidad tiene como finalidad ser el criterio rector respecto a la colisión que se presentaría entre el derecho a la libertad personal –por ejemplo en el caso de la sanción de pena privativa de libertad- y la obligación estatal de administrar justicia y el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

⁴⁷ Sin embargo, y como más adelante acotaré, no me encuentro de acuerdo con un visión estrictamente personalista de los bienes jurídicos en el sentido de considerar que las *instituciones* también merecen protección autónoma –como bienes jurídicos protegidos- al significar la garantía de las condiciones jurídicas elementales para el desarrollo libre de la persona –precisamente-.

⁴⁸ ALCÁCER GUIRAO, Rafael: Óp. cit. p. 91.

El aspecto previamente citado está estrechamente relacionado con el pacto social entre los ciudadanos de ceder una parte de su libertad para posibilitar tanto el ejercicio de la propia libertad como el ejercicio de las libertades de las otras personas, generado así una convivencia pacífica en donde se haga posible el ejercicio de los intereses de todos los ciudadanos⁴⁹. El segundo postulado liberal del que parte la teoría de los bienes jurídicos, desde la perspectiva que comparto, es la siguiente, en palabras de ALCÁCER GUIRAO: “(...) la prohibición de conductas tendrá que estar basada en la noción del daño –principio del ‘harm to others’- a esas condiciones esenciales de libertad, excluyendo la protección de convicciones morales vigentes en el grupo social y, en general, de ‘climas’ morales o afectivos no reconducibles a la libertad. (...)”⁵⁰. Por último, el citado autor comenta que otro de los postulados del liberalismo se encuentra en la posición imparcial por parte del Estado respecto a las libertades de elección y opinión relacionadas con los valores o las propias convicciones morales. El Estado no debe –precisamente porque lo que interesa es facilitar el escenario para el ejercicio libre de los derechos de las personas- imponer un determinado modo de vida –desde el punto de vista estrictamente moral- a las personas.

Por otro lado, aunque desde un enfoque bastante similar a alguno de los postulados en el derecho anglosajón, el enfoque se encuentra en la lesión o daño a terceros y no en la mera infracción del deber de no hacerlo. Es decir, es evidente que la norma penal es una norma de mandamiento de no lesionar y, en el marco de las posiciones –y correspondientes interacciones- que cada ciudadano ocupa en sociedad, ello significa que, como tales, tenemos el deber de cumplir con la norma penal –y, de hecho, de ajustar nuestras pautas de comportamientos a lo que establece el ordenamiento jurídico en general-, sin embargo, la existencia de esos *mandamientos* tipificados en las normas penales tienen precisamente la finalidad de cumplir con el objetivo de no causar la lesión de determinados *intereses* esenciales para el libre ejercicio de los derechos y el desarrollo de la personalidad del ciudadano en el marco de una pacífica convivencia en sociedad. Los deberes, pues, están impuestos para cumplir con el objetivo de protección de bienes jurídicos. Si bien considero, desde la posición a la que me adhiero, cuando se lesiona un bien jurídico se está, así mismo, incumpliendo con un deber (o, si se prefiere el término, con el rol), no es el hecho de la infracción de ese deber lo que fundamenta la intervención penal, sino el efecto que aquella genera: la afectación de los bienes jurídicos.

Si bien es cierto no es extraño que los críticos de la teoría de los bienes jurídicos sostengan que hablar de éstos como objeto de protección penal es asumir una posición muy abstracta por la complicada tarea de definir lo qué es un “bien jurídico” –sobre todo cuando nos referimos al bienes jurídicos colectivos y/o supraindividuales-; sin embargo, que sea una tarea poco fácil definirlo no implica que sea imposible. Por otra parte, así como la crítica en contra de

⁴⁹ Ya lo comentaba BECCARIA en su reconocido trabajo monográfico: *“Fue pues la necesidad lo que obligó a los hombres a ceder parte de la propia libertad: es cierto por tanto que cada uno sólo quiere colocar en el público depósito la mínima porción posible, la indispensable para inducir a los demás a defenderlo. La suma de estas mínimas porciones posibles forma el derecho a penal: todo lo que exceda es abuso y no justicia; es hecho y no derecho”* (Vid. BECCARIA, Cesare: *“De los delitos y las penas”*. Madrid, Editorial Trotta, 2011. p. 113).

⁵⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *Óp. cit.* p. 93.

la teoría de la vigencia de la norma está direccionada también en el sentido de que aquella no toma en consideración a la política criminal, desde la postura acá compartida, es preciso acotar que si bien se considera a los bienes jurídicos como objeto de protección penal, aquello (aquellos bienes jurídicos) que –desde la lupa de los principios de fragmentariedad, subsidiariedad o última ratio- deberá ser considerado merecedor de sanción penal no está definido a partir de una lista taxativa y expresa de lo que son los bienes jurídicos penalmente relevantes. Me explico mejor: si bien es preciso definir en qué consisten los bienes jurídicos, no es ello equivalente a establecer una lista específica de cuáles son estos. Justamente, el estudio efectuado desde un enfoque político criminal –a la manera como mencionara líneas antes-, nos indicará aquello que merece la intervención penal. Existirán problemas sociales que puedan ser atacados desde otras formas de control menos agresivas y no necesariamente desde la vía sancionadora penal⁵¹.

Mi conclusión es que las expectativas de que se cumpla la norma penal y que los ciudadanos respeten los límites de su rol, existen porque sin la misma nada nos aseguraría el cumplimiento de fines –el llamado bien jurídico, “valor” o “interés”- que harán posible el desarrollo de cada persona en sociedad y el ejercicio libre de sus derechos. La norma comunica pero no es lo que comunica lo que legitima la intervención penal. Por ejemplo, si la norma comunica que un funcionario público que solicita dinero ilegalmente a cambio de realizar sus funciones será pasible de sanción, la norma expresa la valoración negativa que se le otorga a dicha actuación. La razón por la cual se valora negativamente esa actuación es porque con la misma no se puede lograr –sino por contrario, se impide- un funcionamiento correcto de la administración pública que es el fin que se quiere prevalecer.

Ya acercándonos más a la teoría del bien jurídico y avalando su relevancia como fin de protección penal, debemos recordar que el derecho penal es también una forma de control social. En esa línea, BUSTOS RAMÍREZ sostiene que el control social penal es “(...) un sistema de control reactivo, integral y formalizado. Su grado de formalización se manifiesta en todos los niveles de la dinámica penal”⁵². La formalización de la que habla BUSTOS RAMÍREZ no es sino la referencia al principio de legalidad y, por lo tanto, es una formalización necesaria. La norma penal es el reflejo *positivizado* y *formal* de la intervención punitiva del Estado frente a conductas que lesionen bienes jurídicos –al margen del concepto o definición que se tenga de éstos-. El argumento contrapuesto a la teoría de los bienes jurídicos de que no se encuentra una clara definición de lo qué es un bien jurídico o que éstos pecan de ser “abstractos”, no quiebra los argumentos a favor de la teoría aquí adoptada. Su definición –tarea a la que me avoco en un siguiente apartado- no es tarea fácil pero tampoco imposible –aunque, ciertamente, en el caso de bienes jurídicos de carácter supraindividual se presentan algunos inconvenientes para

⁵¹ En esa línea, ALCÁCER GUIRAO: “(...) el concepto de bien jurídico no es, por sí solo, instrumento adecuado para delimitar lo merecedor de protección penal, sino que son otros factores, ético-políticos, pragmáticos, etc., los que deben regir la decisión. Más importante que el mero concepto de bien jurídico es, entonces, el ‘programa’ ético-político del que deban emanar los fundamentos, y los argumentos, de lo que se considera valioso” (Vid. ALCÁCER GUIRAO, Rafael: Óp. cit. p. 96).

⁵² Ídem. p. 493

definirlos, sobre todo si no se adopta una relevante distinción respecto de los bienes jurídicos concretos protegidos por los tipos penales correspondientes⁵³.

En conclusión, la legitimidad de intervención penal –con el consiguiente poder punitivo que comporta-, encuentra su primer baremo en su funcionalidad como forma de control social para proteger fines esenciales –esos que llamamos “bienes jurídicos”-. El presente trabajo trata acerca de un delito que forma parte de un grupo de otros tantos que, ya mayoritariamente, se denominan comúnmente como delitos de infracción de deber. Ciertamente, el funcionario público –sujeto activo en el delito de enriquecimiento ilícito-, ocupa una posición de garante y comporta roles *positivos* institucionales –criterios de los que no pretendo prescindir, sobre todo al referirnos a las categorías de la autoría y la participación-; sin embargo, repito, no basta la sola infracción del rol para determinar la relevancia penal del hecho ni tampoco el cumplimiento de dicho rol funcional existe aisladamente considerado de la función social que cumple en el Estado: hacer efectiva la administración pública.

En virtud de la relevancia de afirmar la legitimidad de la intervención penal en el logro de un fin –para unos ese fin es el de la vigencia de la norma y las expectativas que ésta encierra, para otros tantos, la protección de un bien jurídico-, he considerado pertinente hacer referencia a las dos teorías predominantes así como adoptar posición al respecto.

II. Concepto de bien jurídico

Una de las principales críticas a la teoría del bien jurídico es su definición como concepto es dificultosa. Ciertamente, no es desacertada la preocupación de los críticos, sin embargo, no necesariamente es una tarea imposible.

La dificultad radica, sobretodo, en definir los bienes jurídicos cuando estos no corresponden a los llamados bienes jurídicos individuales, sino a los denominados bienes jurídicos supraindividuales. Si partimos de la aseveración general de que un bien jurídico susceptible de protección penal es aquel que tiene una importancia elemental para la sociedad y cuya afectación a aquel que lo afecta de forma esencial o muy grave –teoría de los bienes jurídicos-, entonces, ¿cómo podríamos sancionar una conducta para proteger un fin cuyos contornos no están claramente delimitados ó definidos? Si tomamos en cuenta, además, que determinados intereses, importan no sólo al derecho penal, sino también a otros ámbitos del derecho –cito dos ejemplos: el medio ambiente en tanto que existes normas administrativas que regulan su sector y cuyas infracciones no implican necesariamente que éste se vea lesionado frente a las normas penales que lo protegen como bien jurídico; y, claro está, el caso de los delitos contra la administración pública cometido por funcionarios públicos quienes,

⁵³ A propósito de este comentario, he de acotar que al referirme en un anterior ejemplo al bien jurídico “administración pública”, no hago sino referencia a un bien jurídico supraindividual que no expresa –aún- el sector concreto que se busca prevalecer con la tipificación de la conducta. Ello no es sino muestra de la complejidad –por las diversas expresiones o sectores que cubre- de bienes jurídicos que engloban una serie de intereses que son susceptibles de ser protegidos independientemente pero que apuntan al logro de un mismo fin más general.

dependiendo del caso, podrían ser susceptibles de sanciones administrativas y/o penales-, es esencial que se distinga claramente qué comportamientos altamente lesivos afectan al bien jurídico como tal y justifiquen la intervención de una sanción penal. Asimismo, como manifesté en anterior apartado, es preciso distinguir los comportamientos que solo ameritarían un cuestionamiento ético desde ciertos sectores de la sociedad y de lo penalmente relevante, aún cuando al delito como tal también le correspondan valoraciones éticas, sociales o políticas determinadas.

1. Breve revisión a la doctrina

A nivel doctrinal, se han postulado diferentes conceptos de bien jurídico. No obstante ello, se le atribuye a BIRNBAUM la acuñación por primera vez del término y de su consideración como objeto de protección del Derecho Penal. Sostiene, MANUEL ABANTO que el citado autor:

(...) durante la primera mitad del siglo XIX, quería oponerse así a la concepción individualista de la 'lesión de derechos' de Paul Johann Anselm FEUERBACH, y al mismo tiempo, ofrecer un concepto natural de delito, o sea uno que fuera independiente del mero concepto positivo. En contra de la concepción de FEUERBACH que identificaba el objeto de protección con los intereses estrictamente privados de la víctima, BIRNBAUM quería resaltar aquello que sería realmente 'lesionado' por el delincuente y que iría más allá de la lesión de la víctima concreta, o sea (sobre todo) el interés de toda la colectividad⁵⁴

A continuación, algunos breves comentarios respecto a los principales conceptos propuestos en la doctrina. Luego, sentaré la posición de la que aquí se parte.

1.1 Noción "positivista"

Así por ejemplo, tenemos la noción "positivista" de bien jurídico. La teoría positivista ha sido desarrollada por BINDING quien sostuvo, según nos comenta HURTADO POZO, que el bien jurídico "...es todo valor que, según el legislador, constituye una condición necesaria para la vida comunitaria normal; es decir, los bienes jurídicos son una creación del legislador"⁵⁵. Comparto parte de esta idea en el sentido de considerar que determinados valores – entendiendo por "valores" aquello que ha sido objeto de valoración como contraposición a la identificación del término como "valores morales"- deben ser conservados para permitir la convivencia de la persona en sociedad y en aras a su libre desarrollo. Sin embargo, dicha definición peca de no establecer un contorno que delimite y diferencie los intereses protegidos desde otras ramas del derecho respecto de los que lo están específicamente desde el derecho penal. No coincido tampoco con la visión tan formalista de otorgarle el rótulo de bien jurídico a determinado valor protegido sólo porque el legislador lo ha considerado así a través de la norma. Me remito a lo sostenido en los apartados previos referidos a algunos de los principios

⁵⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: "Acerca de la teoría de los bienes jurídicos" p. 3. /En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130208_01.pdf (visitada el 22 de Abril de 2014).

⁵⁵ HURTADO POZO, José: Óp. cit. p. 15

penales. Para el legislador, el concepto de bien jurídico debe ser previo a la determinación de cómo debe sancionarse determinada conducta penalmente y al proceso de creación de la norma penal concreta. La crítica, en palabras de HURTADO POZO, es la siguiente: “Esta definición, coherente con las concepciones positivistas de su autor, despoja al concepto de bien jurídico de su función de límite de poder del legislador, en la medida en que reconoce que son mera creación de éste”⁵⁶. Es una crítica que comparto.

1.2 Concepto material.

Por otra parte, FRANZ VON LISZT, afirmó respecto del concepto de bien jurídico y en palabras de HURTADO POZO, que “(...) más bien eran intereses vitales, personales o colectivos, que tenían su origen en hechos y circunstancias sociales anteriores a las normas jurídicas”⁵⁷. Ciertamente, el legislador no debería decidir lo que debe ser objeto de protección según su particular criterio o interpretación caprichosa de lo que debe ser sancionado, primero, porque el legislador es un representante de la sociedad y ésta es la destinataria de la norma penal – incluyendo, al propio legislador en tanto también ciudadano e integrante de aquella-; aquel, con el poder de representación concedido, se encarga de tipificar aquello que previamente se ha considerado objeto de protección según la valoración que a determinados intereses se le ha otorgado en determinado tiempo y sociedad.

1.3 El concepto social

Por su parte, BUSTOS RAMÍREZ comenta acerca de los esfuerzos por definir el concepto de bien jurídico, en los siguientes términos: “Lamentablemente los esfuerzos no se han visto compensados con resultados. Así, por ejemplo, von Liszt (1888) lo definiría como ‘interés jurídicamente protegido’ o Welzel (1976, 15) como ‘todo Estado social que el derecho quiere resguardar de lesiones’. Como se comprenderá, la virtualidad práctica de estas definiciones y de otras más recientes como ‘las condiciones de convivencia social’ poco colaboran para solucionar el problema pues son formales y tautológicas”⁵⁸. Este autor desarrolla el concepto de bien jurídico desde el punto de vista de las relaciones sociales y del origen de la causa de la lesión y puesta en peligro del bien jurídico, acotando que son las conductas humanas que lesionan bienes jurídicos las que el derecho penal protege. Si bien, la discusión en torno al bien jurídico no se cierra con dicha conceptualización, considero –adelantando postura- que es bastante más clara la definición de BUSTOS al poner énfasis el ámbito de las interacciones sociales como el escenario en el que podrían ocasionar lesiones a bienes jurídicos, descartando así, aquellos hechos fortuitos o productos de la naturaleza que puedan causar el mismo resultado de lesión o peligro para intereses que, en esos casos, no podrán ser objeto de tutela penal. En ese sentido, el concepto de BUSTOS RAMÍREZ sobre el bien jurídico es el siguiente:

⁵⁶ Ídem. p. 16

⁵⁷ Ibídem.

⁵⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Óp.cit. p. 538.

Los bienes jurídicos, por tanto, son relaciones sociales concretas. La vida, la libertad, la salud sin prejuicio de ser valores naturales, en cuanto bienes jurídicos son protegidos frente a conductas humanas. El comportamiento personal del hombre en sociedad no debe lesionar bienes jurídicos; más aún, debe abstenerse de realizar conductas que signifiquen siquiera un peligro para los bienes jurídicos. Por eso, son relaciones sociales concretas, esto es, relaciones entre personas que adquieren significación de bien jurídico en cuanto son confirmadas por la norma. Esta conceptualización de los bienes jurídicos como relaciones sociales concretas implica identificar la posición de las personas dentro de la relación social. Esta identificación permite comprobar si la penalización de una conducta significa discriminación de personas, el favorecimiento de situaciones de desigualdad, la protección de una determinada concepción del mundo y su imposición mediante la conminación penal, la protección de algún fundamentalismo de alguna clase. El Derecho Penal, por ejemplo, no puede proteger una moral o una religión determinada. Cuando se protege la moral o la religión se están imponiendo creencias que pueden ser muy respetables pero que no pueden ser impuestas al resto de ciudadanos, pues significaría una intromisión intolerable en el ámbito de su libertad (...) ⁵⁹ (subrayado añadido).

Lo que en suma descarta BUSTOS RAMÍREZ con su definición es la idea de protección de bienes jurídicos en sí mismos –es decir, sin consideración alguna a las causas de su lesión-, pues, como se ha repetido constantemente, son las conductas humanas lesivas las que reprocha el derecho penal. No se trata de un mero juicio de causalidad, ya que el autor, en realidad –según interpreto-, está haciendo referencia a un criterio de imputación: son las actuaciones humanas las que, en determinada relación social concreta, serán reprochadas si lesionan o ponen en peligro un bien jurídico. Particularmente, cuando el citado autor hace referencia a las *relaciones sociales concretas*, sólo puedo recordar a los *roles*. Las relaciones sociales concretas, entiendo, se refieren a aquellas que son definidas en determinado contexto y de acuerdo a las particularidades que cada sujeto ocupa en la relación. Dichos roles –como mencionara anteriormente- están definidos y limitados para permitir una convivencia social en el marco del respeto por el derecho de los demás pero ponderado con el margen de libertad de actuación a la que también tenemos derecho los ciudadanos. Por ello, se trata de posiciones que delimitadas legítimamente y que, ejercidas diligentemente, siempre serán lícitas penalmente. En consecuencia, tanto en el caso del rol negativo –referido a no dañar a terceros y que le competen a todos los ciudadanos-, como el de los roles positivos –referidos a determinada posición institucionalizada y que implica tanto deberes de no dañar como deberes positivos de hacer, entiéndase esto último en el sentido de actuar de tal manera que permanezca el estado de “intangibilidad” del bien-, han sido establecidos para permitir la convivencia social. Por lo tanto, la libertad de actuación de las personas a través de la exigencia de cumplir el rol correspondiente, está definida en razón a la protección de los derechos de las personas que interactúan entre sí, y la exigencia de ello tiene como fin que los bienes jurídicos no sean vulnerados. La manera como están delimitados los roles, responde la pregunta de hasta dónde puede ejercer un derecho aquella persona para que su actuar no implique la vulneración de un bien jurídico.

⁵⁹ *Ibidem.* y p. 539

Además del concepto de bien jurídico propuesto por BUSTOS RAMÍREZ, éste le asigna una función de interpretación de las normas penales –se entiende que ya vigentes y posteriores, claro está, al proceso de creación de éstas-. Al respecto, cito lo manifestado por el autor: “En la interpretación de la norma penal los bienes jurídicos tienen una función básica. El proceso de interpretación de una norma penal ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma. De este modo, para establecer si la conducta concreta en el mundo social tiene significación jurídico-penal es necesario valorarla desde el bien jurídico protegido por la norma de que se trate”⁶⁰. En concordancia con lo citado previamente, una vez vigente la norma, en su proceso de interpretación, se debe partir de qué es lo que se pretende proteger con ésta. No hallar en el tipo un “verdadero” bien jurídico protegido –o un legítimo interés primordial-, sino más bien, intereses que podrían ser protegidos por otras áreas del derecho, nos puede llevar a la conclusión de que la norma es inconstitucional por limitar conductas y restringir derechos fundamentales a través de sanciones tan graves como las penales, ejerciéndose de manera arbitraria el poder punitivo.

Por otra parte, MICHAEL KAHLO, también hace mención a la relación social concreta en la que se debe encontrar una persona que con su actuar pueda dañar bienes jurídicos. Si bien utiliza otros términos que son ciertamente más explicativos, pone especial atención, al igual que BUSTOS RAMÍREZ, en la especial situación jurídica en la que el individuo se encuentra respecto a estos bienes:

Debe destacarse, en primer lugar, que la categoría de bien jurídico es describible como un concepto relacional. Comprende, así, una relación considerada como positiva, valiosa –como un ‘bien’- entre un algo, es decir, entre una ‘realidad’ y un sujeto: carecería, ciertamente, de sentido una relación jurídica entre cosas o entre seres vivos, que existen sin conciencia de sí mismos. Como concepto jurídico, esa relación está sustancialmente (‘en esencia’) orientada a la realización de la libertad externa de la persona en cuanto sujeto de derecho, es decir, a su autonomía, la cual no puede desarrollarse únicamente en una relación aislada del individuo consigo mismo, sino que también viene determinada e influida desde un primer momento por la relación con otras personas, en tanto las acciones de éstas pueden respetar la relación entendida como bien jurídico –y con ello al mismo tiempo al portador de ese bien-, pero también pueden atacarla por medio de actos lesivos o peligrosos y en esa medida ilícitos (contrarios a Derecho), exponiendo al sujeto a su ‘arbitrio constrictivo’⁶¹.

Asimismo, KAHLO acota que, desde su concepción, los bienes jurídicos no son “valores” (como referencia a los valores morales), ni “objetos” o “hechos”. Coincido con el autor al respecto pues el bien jurídico debe ser objeto de una valoración determinada, susceptible de comprenderse y de entender la importancia y relevancia de su protección, sólo en ese sentido podría utilizarse el término “valores” cuando hacemos referencia al concepto de bien jurídico –aunque, ciertamente, no es el término más adecuado para dicha conceptualización por las confusiones que evidentemente se generan-. Haciendo referencia a los valores éticos o morales,

⁶⁰ Ídem. p. 542

⁶¹ KAHLO, Michael: Óp. Cit. p. 55

KAHLO se pregunta: “(...) ¿Cómo podría lesionarse o ponerse en peligro un valor?”⁶². En efecto, las consideraciones puramente morales pueden ser distintas en diferentes grupos humanos y, además, en cada persona. Están pues, abundantes de subjetividades y, por ello, determinar la lesión de éstos dependerá de la consideración particular de cada grupo o persona concreta. Más allá de ello, y desde el punto de vista constitucional –y, por cierto, siempre considerando que el ejercicio de los derechos siempre tiene un límite legitimado en el respeto por el derecho de los demás-, cada persona tiene derecho a desenvolverse y desarrollarse según su propia libertad de conciencia. Desde el punto de vista de la moral –sin pretender entrar en discusiones filosóficas al respecto-, ésta puede ser distinta en cada persona y además en relación con determinados contextos o relaciones concretas.

Líneas antes he manifestado la diferencia entre asignarle a los bienes jurídicos la categoría de “valores”-mayoritariamente entendidos como “valores morales” o de carácter puramente subjetivos- y la de considerar que un bien jurídico lo es en tanto producto de la valoración –o, si se prefiere, “asignación de sentido o peso jurídico-penal”- que el legislador realiza sobre determinado interés relevante para el desarrollo de la persona en sociedad. Claro está, el legislador se vale, para tipificar una conducta o agravar las penas, también de criterios de política criminal (aunque, cabe aclararlo, las razones político-criminales no son definitivas para legitimar la intervención penal).

Luego de lo dicho, anclando ello con la pregunta antes citada de KAHLO –“¿cómo podría lesionarse o ponerse en peligro un valor?”, propongo el siguiente ejemplo: el bien jurídico vida se lesiona cuando se mata a otro, sin embargo, la valoración que se le da a la vida y que en virtud de aquella se la eleva a la categoría bien jurídico no ha sido dañada o lesionada, antes bien, precisamente con la aplicación de la sanción establecida en la norma y con la respuesta punitiva estatal, se reafirma dicha valoración negativa de las conductas que la lesionan. Que el bien jurídico sea objeto de valoración para constituirse como tal, no quiere decir que se protejan “valores”.

1.4 Teoría personalista

Por su lado, para definir al bien jurídico, HASSEMER, propone su teoría personal del bien jurídico. Así, en uno de sus trabajos, GERHARD SEHER comenta que HASSEMER “(...) Postula categóricamente la derivación a partir del individuo de todo juicio de merecimiento de pena y con ello la limitación del Derecho Penal a su ámbito nuclear ‘básico’. El ‘bien jurídico’ es así definido como un ‘interés humano necesitado de protección penal’, considerando por tales ‘intereses’ aquellos ‘bienes vitales’ imprescindibles para la vida común de los individuos tales como la vida, la salud, la libertad o la propiedad”⁶³. De tal manera que, desde dicho punto de partida y tal como SEHER también concluye, en el caso de los bienes colectivos o

⁶² *Ibídem*.

⁶³ SEHER, Gerhard: “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”. / En: “La teoría del bien jurídico”. Ed. HEFENDEHL, Ronald. Ed. Española: ALCÁCER, Rafael. MARTÍN, María. ORTIZ DE URBINA, Íñigo/ Madrid, Marcial Pons, 2007. pp. 73 y 74

supraindividuales, el derecho penal se verá legitimado para actuar allí donde los mismos partan de su funcionalidad para hacer efectivos los derechos individuales.

La orientación individualista de la teoría personal del bien jurídico propulsado por HASSEMER ha llevado a que se le critique en doctrina desde varios puntos de vista. A continuación hago referencia a dos de ellos: por un lado, el no tomar en cuenta las demandas de la vida social moderna que no atienden exclusivamente a las exigencias particulares de los individuos sino de la sociedad misma en su conjunto, y desde otra perspectiva que fuera formulada por STRATENWERTH y que SEHER comenta en los siguientes términos:

Mientras que la crítica acabada de mencionar se centra en el individualismo propio de la teoría personal del bien jurídico, otra serie de objeciones se dirigen contra sus aspiraciones de crítica al sistema. Stratenwerth, por ejemplo, pone de manifiesto que las diferencias estructurales existentes entre las distintas materias objeto de regulación penal son demasiado acusadas como para poder ser abarcadas por un concepto omnicompreensivo de bien jurídico. Y, en todo caso, de cara a una 'interpretación acorde a la materia' del mismo Derecho penal nuclear de los delitos contra las personas es imprescindible una 'definición precisa de los bienes jurídicos'. (...) si el concepto de bien jurídico no es capaz de abarcar todas las materias objeto de regulación penal, decae como instancia crítica de legitimación⁶⁴.

HASSEMER, sin embargo, no desconoce las exigencias del mundo moderno pero las deja para otros ámbitos del Derecho. En consecuencia, deja para el derecho penal aquellos intereses relacionados estrechamente a la satisfacción de los intereses individuales o de aquellos que parten del individuo prioritariamente. Al respecto, WINFRIED HASSEMER afirma lo siguiente: "(...) la cuestión de si puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal es retórica, ya que el bien jurídico es, como se ha demostrado, el fundamento necesario y constitucional tanto para concebir un deber de protección como para determinar los límites a la intervención y su cálculo preciso. (...). Sólo se trata del cómo y de en qué medida, cuestiones en las que quedan abarcados todos los problemas clásicos de las discusiones penales sobre el bien jurídico: es el baremo de un concepto aceptable de 'bien jurídico' "⁶⁵. En esa medida, el autor no niega el carácter indesligable y relevante del concepto de bien jurídico para el derecho penal, sin embargo excluye de este ámbito aspectos que reserva para otras esferas del derecho en donde no se requiera imponer sanciones tan gravosas como las penales. Asimismo, sostiene también que el concepto de bien jurídico "debería adecuarse a la realidad (...) esto exige una integración inteligente en el sistema de bienes jurídicos de las condiciones de vida de la moderna socialización, esto es, sobre todo de intereses universales. (...). Debería ser selectivo y nítido (...) un concepto protector de la libertad. (...) debería ser generalmente comprensible: debe facilitar el control democrático del legislador (...), esto prohíbe las generalizaciones nebulosas, que impiden a todos hacerse una idea"⁶⁶. HASSEMER, por lo tanto, reconoce que el derecho penal

⁶⁴ Ídem. pp. 74 y 75

⁶⁵ HASSEMER, Winfried: "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico?". p. 104/ En: "La teoría del bien jurídico". Ed: HEFENDEHL, Ronald. Ed. Española: ALCÁCER, Rafael. MARTÍN, María. ORTIZ DE URBINA, Íñigo/ Madrid, Marcial Pons, 2007. p.104

⁶⁶ Ibídem.

debe adecuarse a la realidad, pero, como indiqué en líneas previas, orienta su concepto de bien jurídico a las necesidades individuales. Su mirada es siempre desde el individuo como persona que busca satisfacer sus propios intereses –dejando de lado así, una perspectiva más amplia, en donde la persona sea vista como alguien que tiene exigencias elementales para su libre desarrollo pero que deben ser satisfechas en un contexto de interacción con los demás-. Por lo tanto, desde su concepción no parece aceptarse la posibilidad de que un bien jurídico colectivo o supraindividual sea protegido autónomamente sino sólo en base a su estrecha funcionalidad para satisfacer los intereses individuales.

1.5 El concepto de Lascuraín.

Por otro lado, JUAN LASCURAÍN, en su trabajo acerca del bien jurídico, parte de diferenciar dentro de la propia teoría a “lo protegido” de “lo protegible”. En su consideración, al referirnos al concepto de bien jurídico debemos considerar “lo protegido”. El autor se explica sosteniendo que “bien” es aquello objeto de valoración y que “jurídico” es la forma en que se realiza ese juicio de valoración. Por ello –según su postura-, “lo protegible” no es un bien jurídico pues éste ya es tal porque fue objeto de valoración jurídica. “Lo protegible”, sostiene, es algo que aún no ha sido objeto de valoración jurídica pero es susceptible de serlo, por lo tanto, a lo mucho puede aspirar a ser, en los términos de LASCURAÍN, un “bien juridicable”. Se entiende que el autor conecta el bien jurídico con su “positivización” en tanto que una vez valorado jurídicamente pasa a ser protegido por el derecho penal a través de un cuerpo de leyes. Lo que sostiene LASCURAÍN en su trabajo es un concepto orientado a lo que la norma comunica. Desde ese punto de partida, la norma penal protege un bien jurídico por lo que, en base a ello, determina reglas de conducta. Dichas reglas de conducta son consecuencia precisamente de la valoración otorgada al “bien”, si aquellas no se respetan o no se cumplen, se incurrirá en una conducta disvaliosa, y por tanto, nociva para el estado de cosas que debe permanecer. En palabras de LASCURAÍN: “La tarea penal consiste en la protección de determinada configuración de la realidad de la vida social conforme a ciertos valores”⁶⁷.

2. Postura personal.

Me interesa empezar recordando una posición que ya he adelantado: como bien sabemos, aunque existan excepciones a la regla estricta⁶⁸, es el legislador quién tiene como parte de sus funciones la creación de normas penales. En su labor de creación de las normas penales debe exigírsele un análisis más estricto –respecto de los baremos para la creación de otras normas- de los supuestos que considerará delitos y de las consecuencias que deberán aplicarse. En virtud de lo último es que me parece importante realizar un breve repaso a los principios limitadores del *ius puniendi* –por lo menos a algunos que he considerado más pertinentes de

⁶⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: “Bien jurídico y objeto protegible”. /En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, Ed. Ministerio de Justicia, 2008. Tomo LX. Año MMVII. p. 139.

⁶⁸ Nuestro Código Penal es un ejemplo de ello pues ha sido aprobado por Decreto Legislativo –que, como sabemos, tiene rango de ley pero es promulgada por el órgano ejecutivo con permiso del Congreso de la República-. No es ajeno al conocimiento de la doctrina penal en general –incluso de la constitucional y de la administrativa sancionadora- el debate en torno a la aplicación del principio de legalidad en su dimensión de *lex stricta* o reserva de ley.

mencionar (vid. pié de página *in supra* página 46)-; sin embargo, como también dije –ya argumentando mi adhesión a la teoría de los bienes jurídicos- que la tarea del legislador en materia penal busca –o debería buscar- lograr un fin o interés esencial para el desarrollo de la persona en sociedad.

Considero importante la acotación que realizan BUSTOS RAMÍREZ y KAHLO respecto a las relaciones concretas. Por ello, su comentario al respecto no solo me parece pertinente sino que me adhiero a su posición en ese punto. Sin embargo, yo prefiero no definir –como el autor lo hace- al bien jurídico como una “relación social concreta”. Considero que las relaciones sociales son el contexto necesario o el marco contextual respecto del cuál cabe definir –y considerar- al bien jurídico como el fin de protección del derecho penal, pero no son las relaciones sociales en concreto las que son objeto de protección. Ciertamente, la vulneración de los bienes jurídicos acaece en el marco de las distintas y específicas interacciones sociales, sin embargo, considero más adecuado utilizar el término “intereses”.

En tal sentido, los bienes jurídicos, según entiendo, son los intereses más esenciales para posibilitar el desarrollo de la persona en sociedad. Estos intereses para ser penalmente relevantes –y, por tanto, tener la categoría de bienes jurídicos- son objeto de una valoración. Es decir, un análisis que no se base en aspectos morales o exclusivamente subjetivos, sino, un análisis –si se quiere- jurídico, ajustado y coherente a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Por supuesto, no quiero decir que todo derecho o interés reconocido constitucionalmente tenga que ser protegido penalmente, pues es importante tomar en cuenta que no será cualquier conducta la susceptible de sanción. Como se comentó, si existen otras formas de control que generen en el individuo menor restricción al ejercicio de su libertad –y, ello sea suficiente para tutelar el interés correspondiente-, pues serán esas otras formas de control las que se apliquen.

Por otra parte, aunque generalmente se considere como intereses más esenciales a la vida, a la libertad o a la integridad –por citar algunos ejemplos-, no serán los únicos a proveer de la garantía de que la persona pueda hacer efectivo su libre desarrollo. Es decir, instituciones como la Administración Pública hacen posible –o deberían- que la sociedad acceda a determinados servicios que garanticen el ejercicio libre –aunque no ilimitado- de sus derechos, así como la posibilidad de impedir que terceros lesionen de manera injusta ese ejercicio –por ejemplo, cuando se reclama un derecho ante la judicatura que se nos ha arrebatado de manera ilegal o no ajustada a derecho-. Sin embargo, la Administración Pública no es protegida penalmente en tanto institución jerarquizada sino en cuanto a institución con funciones que afectan a la sociedad en su conjunto –es decir, en tanto su interacción y vinculación con las personas que conforman la sociedad y que recurren a ella.

Deseo acotar brevemente que aunque las llamadas razones de política criminal⁶⁹ tienen cierta importancia, no son el único criterio para determinar la relevancia penal de determinados

⁶⁹ Si bien el enfoque de este trabajo es centralmente dogmático, considero importante citar un fragmento expresado por Carlos Blanco Lozano sobre la aplicación práctica de la Política Criminal y su relación con el derecho penal: “La

intereses. La política criminal tampoco se circunscribe a meras estadísticas pero suele otorgarse en nuestros ordenamientos un peso importante a éstas. Esto último es lo que no se desea. El sólo incremento de la delincuencia respecto de determinados delitos no debería justificar la intervención penal ya sea para tipificar conductas o para aumentar las penas a un nivel elevado y, ciertamente, poco proporcional a la gravedad del hecho⁷⁰. En esos casos lo que estaría justificando la elevación de las sanciones sería el incremento en la tasa delictiva y no tanto a la gravedad o relevancia del bien jurídico protegido. Lo que se buscaría en dichos casos sería maximizar los criterios de prevención general –que forma parte de los fines de la pena pero no exclusivamente-. Lo que interesa, pues, es una valoración no solo social sino también jurídica del interés que se evalúe proteger. Intereses para la sociedad en su conjunto y para el desarrollo de la persona, existen muchos, pero no todos son penalmente relevantes.

En todo caso, y para finalizar este apartado, un bien jurídico es un interés relevante y esencial para el logro del libre desarrollo de la persona que interactúa en sociedad y bajo los parámetros del Estado Constitucional de Derecho. No es pues la protección de la satisfacción de intereses individuales; es un bien jurídico definido en el marco de encuentros –no en el sentido fenomenológico- sociales y, por lo tanto, de constante conflicto entre intereses individuales los cuales deben ser protegidos para toda persona en el marco del respeto por todos los inter actantes en dicha relación social concreta. El interés no es de un grupo de individuos, tampoco de un colectivo ni del Estado, lo es de todos los integrantes y actantes dentro del ordenamiento. Para todos, el bien jurídico protegido debe ser un presupuesto esencial para hacer posible no solo intereses de naturaleza individual –que es diferente a sostener que se busca tutelar la satisfacción de intereses particulares, a modo de exigencia de un derecho subjetivo- sino de naturaleza supraindividual o colectiva. No es necesario abundar acá respecto de la relevancia de que determinados presupuestos como el acceso a la justicia, a un medio ambiente sano, a la transparencia en el mercado son supuestos esenciales para el logro de fines que conforman el marco mínimo exigible para el desarrollo de la persona: un funcionamiento correcto y probo de la administración pública, un medio ambiente como el contexto salubre no solo para la salud o la vida sino como un interés de mantener el sistema complejo que lo

Política Criminal aplicada lleva a la práctica la dimensión científica precitada, esto es, se ocupa de cómo dirigir al Derecho Penal para poder cumplir del mejor modo posible su tarea de proteger bienes jurídicos". El autor se refiere en su cita a lo que denomina la "ciencia político-criminal" referida a un conjunto de estrategias sociales y medios para la enseñanza del control eficaz del delito. Para leer más al respecto: BLANCO LOZANO, Carlos: Óp. cit.

⁷⁰ Se me ocurre como ejemplo el caso de la incorporación en nuestro ordenamiento del delito de "feminicidio" que – desde mi punto de vista- en puridad comporta una aplicación desigual de la ley penal. En realidad, no creo que se haya tipificado un *verdadero* feminicidio –por lo menos, no desde la lógica que encerraría este tipo de delitos-. En materia de corrupción de funcionarios, el debate en torno a la propuesta de declarar imprescriptibles estos delitos, son un ejemplo de aplicación de una mal llamada política criminal. Sobre lo último, la salvedad se encuentra en lo sostenido en doctrina por otro sector que no solo apunta a considerar estas salidas como un método eficaz –se dice- para combatir la corrupción; sino que aportan algo un análisis más dogmático del tema. Por ejemplo, y aunque no necesariamente compartiendo su postura, el Profesor Raúl Pariona sostiene que la única forma de considerar los delitos de corrupción de funcionarios como imprescriptibles, sería considerándolos como delitos de *lesa estado*. Para ver más respecto a lo sostenido por este autor, revisar: PARIONA ARANA, Raúl: "La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios. ¿Medida necesaria para evitar impunidad? / En: *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. / Lima, IDEHPUCP, 2012.

constituye (el agua, las áreas verdes, la fauna y la flora, etc; es decir, aquello que forma parte del círculo vital del mantenimiento del planeta y espacio concreto en donde el ser humano deberá desenvolverse), la actividad económica incentivada por la propia Constitución dentro del marco de la libre competencia –que además conforma uno de los pilares fundamentales de toda actividad económica respetuosa del Estado de Derecho-; etc. En otras palabras, los intereses –bienes jurídicos- pueden estar conformados también por el mantenimiento de instituciones concretas –este es el ejemplo de la administración pública como bien jurídico penalmente relevante-.

Lo manifestado en las última líneas precedentes, me permite afirmar –y a desarrollar a continuación- la relevancia de la protección de los bienes jurídicos de naturaleza supraindividual o colectiva desde una perspectiva social y no individualista.

III. Acerca de los bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos supraindividuales y/o colectivos.

No existe mayor problema en distinguir cuáles son bienes jurídicos de naturaleza individual –vida, salud, patrimonio, etc.- y cuáles lo son de naturaleza colectiva o supraindividual –medio ambiente, administración pública, entre otros-. Sin embargo, respecto a cómo se puede llegar a la conclusión de que, gracias a determinada acción, han sido efectivamente vulnerados y por lo tanto han cumplido con la exigencia del principio de lesividad, el discurso se complica, ya no es tan sencillo. Cabe aclararlo, en el caso de los bienes jurídicos individuales, su protección penal no lo es solo en tanto derecho subjetivo de una persona –individualmente considerada-, sino por la relevancia social de su conservación para toda la sociedad. Más allá de ello, en donde parece existir tan solo relativo consenso es en cuanto a la distinción entre bienes jurídicos supraindividuales y bienes jurídicos colectivos. Así, como contraparte a aquellos bienes jurídicos “tradicionales” de naturaleza individual se denomina indistintamente supraindividuales o colectivos a los que no obedecen a la naturaleza descrita⁷¹.

Por su parte, SOTO NAVARRO prefiere utilizar el término “bienes jurídicos colectivos” y en su interesante trabajo al respecto, justifica su preferencia de manera breve pero suficiente – más allá que compartamos o no su posición-. Así, la autora se acoge a la postura del autor italiano F. SGUBBI quien, según comenta en su trabajo, considera que el atributo de “colectivos” a un bien jurídico debe reservarse para aquellos que tienen reconocimiento normativo. En palabras de la autora: “Comparto esta última propuesta del autor por una razón y es que el adjetivo ‘colectivos’ denota la cualidad de ser ‘pertenciente o relativo a cualquier agrupación de individuos’. Como veremos a continuación, éste es el único rasgo que permite caracterizar de entrada a todos los bienes jurídicos de los que me ocupó”⁷². Respecto a las características

⁷¹ En la doctrina, además, se pueden encontrar el uso de términos como bienes jurídicos *difusos* o bienes jurídicos *universales*, genéricamente.

⁷² SOTO NAVARRO, Susana: “La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna”. Granada, Editorial Comares, 2003. p. 194

generales que se les asigna a los bienes jurídicos colectivos –básicamente, tres: titularidad compartida, indisponibilidad e indivisibilidad-, la citada autora afirma que la llamada “titularidad colectiva” no es una característica o fundamento de estos bienes sino más bien una “consecuencia”. Así, sostiene que “(...) la atribución de la titularidad de un bien jurídico a un grupo social más o menos amplio, en vez de al individuo aisladamente considerado, no comporta automáticamente su clasificación de bien jurídico colectivo, sino que ello depende (...) de un elemento previo fundamental, cual es la distinta función o utilidad (...) que cumplen los bienes jurídicos colectivos con respecto a los individuales”⁷³. Considerando muy ligada a la característica previamente comentada, SOTO NAVARRO parte primero de su definición de bien jurídico colectivo como aquellos bienes que no son de titularidad individual pero tampoco de un determinado titular colectivo, para luego referirse a la asignada característica de la indisponibilidad bajo la cual se entendería que sólo en el caso de los bienes jurídicos de titularidad individual cabría el consentimiento para la disposición de éstos. Desde ese punto de partida, aunque en el caso de los bienes jurídicos colectivos, no cabría la posibilidad de disposición y, por lo tanto, la *indisponibilidad* sí sería una característica de los bienes colectivos al no poder verificarse el consentimiento de todos los cotitulares del bien⁷⁴, no sería, sin embargo, un rasgo que los fundamente. En palabras de SOTO NAVARRO: “(...) la disponibilidad de un bien jurídico no depende, en última instancia, de quién sea su titular, sino de la naturaleza y, sobre todo, de la función que aquél desempeñe. Ello no hace sino reforzar mi planteamiento inicial de que la titularidad compartida no es el rasgo que fundamenta los bienes jurídicos colectivos. Tampoco lo sería su carácter indisponible, por cuanto este rasgo se predica también de algunos, y no pocos, bienes jurídicos individuales.”⁷⁵. Finalmente, refiriéndose sobre la característica de la indivisibilidad, SOTO NAVARRO afirma que aunque ésta se encuentra muy vinculada a la indisponibilidad, aquella sí sería una característica que poseen sólo los bienes jurídicos colectivos. Esta última consideración haría de la indivisibilidad una característica que explicaría la naturaleza de un bien jurídico colectivo: “(...) Dicho en otros términos, los bienes que pertenecen de forma indivisa a un colectivo de personas son, por naturaleza, indisponibles de forma unilateral; en cambio, no todos los bienes divisibles en intereses individuales son por ello de libre disposición”⁷⁶.

Por otro lado, MARTÍNEZ-BUJÁN -a propósito de sus comentarios sobre los delitos socio-económicos- utiliza el término “supraindividuales” para referirse a aquellos bienes que no son de titularidad individual: “(...) he empleado el vocablo ‘supraindividual’ referido a un bien jurídico en el sentido más genérico y elemental, descrito en el Diccionario de la Lengua española, a saber, para denotar un bien jurídico que **no** es de naturaleza meramente individual.

⁷³ Ídem. p. 195

⁷⁴ Respecto de los bienes jurídicos de titularidad de un determinado colectivo –esto es, de aquellos respecto de los cuales no cabría, a su parecer, hablar de bienes jurídicos “colectivos”-, la autora sostiene que sí existe relevancia respecto del consentimiento de los cotitulares de dicho grupo colectivo.

⁷⁵ SOTO NAVARRO, Susana: Óp. Cit. p. 198.

⁷⁶ Ídem. p. 199. Es importante recordar que la autora, además, coloca de ejemplo aquellos bienes jurídicos de titularidad de un grupo colectivo determinado que están ligados con derechos personales y que, por lo tanto, su naturaleza de *individuales* no se perdería. Se trataría, en dichos casos, de bienes jurídicos de naturaleza individual cuya libre disponibilidad se encontraría condicionada.

Se trata, por ende, de una noción puramente negativa⁷⁷. Aclara sin embargo, lo poco adecuado del término si éste fuera interpretado desde el significado del prefijo latino “supra” que significa, según nos lo recuerda, “arriba” o “encima de algo”. Desde su parecer, para evitar la imprecisión del término, considera que debería ser utilizado el término “bienes jurídicos colectivos”. Sin embargo, también afirma el reparo que se presenta al respecto: “(...) en puridad terminológica, conforme al Diccionario de la RAE, el adjetivo ‘colectivo’ no autoriza a efectuar dicha identificación. Antes al contrario, en su primera acepción este adjetivo denota la cualidad de ser ‘perteneciente o relativo a cualquier agrupación de individuos’, en atención a lo cual nada obliga a circunscribir su significado al supuesto de la agrupación **general** de todos los individuos en sociedad, sino a cualquier grupo sectorial⁷⁸. En consecuencia, el autor indica que debe apuntarse a una distinción entre lo que él denomina bienes jurídicos supraindividuales y bienes jurídicos colectivos. Respecto de los primeros, para referirse a aquellos que son de interés y pertenencia de la sociedad en general. Respecto de los segundos –y a los que también denomina “difusos”-, para referirse a aquellos intereses que no afectan a la totalidad de las personas –serían, pues, intereses sectoriales-. Por lo tanto, MARTÍNEZ-BUJÁN, esboza una clasificación de los bienes jurídicos que no son individuales de la siguiente manera: para él, así como existen bienes jurídicos individuales, también existen bienes jurídicos denominados de manera amplia supraindividuales –que en su concepción serían todos aquellos que *no* son individuales-. Ahora bien, luego y ya más en concreto, el autor divide esta última categoría en dos clases: por un lado, los bienes jurídicos supraindividuales en un sentido estricto (ya no en clave negativa), para referirse –como se apuntó previamente- a aquellos intereses de la sociedad en todo su conjunto; y, por otro lado, los bienes jurídicos colectivos –o difusos-, para referirse a intereses sectoriales. La propuesta de MARTÍNEZ-BUJÁN se opone, por lo menos en este punto, con la de SOTO NAVARRO. Así, el autor, luego de sentar su posición, sostiene lo siguiente:

(...) conviene tener en cuenta que un sector doctrinal rechaza esta agrupación común, sobre la base de argumentar que los bienes jurídicos tutelados en los delitos contra intereses sectoriales o difusos son en realidad bienes de naturaleza individual (así, vid. por todos SOTO, 2003, pp. 194 y ss.) Ahora bien, con relación a esta opinión es menester aclarar que con dicha argumentación se están mezclando dos planos (...): un cosa es que se acepte que los delitos contra intereses sectoriales o difusos se hallen dirigidos en última instancia a preservar bienes jurídicos de **naturaleza individual** (algo que, según expondré posteriormente con amplitud, aquí se comparte, aunque ciertamente un importante sector doctrinal considere, en cambio, que el bien jurídico técnicamente protegido es de naturaleza colectiva) y otra cosa diferente es que la titularidad de dicho bien jurídico se atribuya a un solo individuo (...)⁷⁹.

Por su parte, ROLAND HEFENDEHL, refiriéndose a los bienes colectivos, sostiene lo siguiente:

⁷⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *“Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general”*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007. p. 165.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ *Ídem*. pp. 167 y 168.

Los bienes jurídicos colectivos son omnipresentes tanto en el Derecho penal nuclear como en el accesorio (Nebenstrafrecht). Comprenden la seguridad del Estado o del tráfico monetario así como, por ejemplo, la potestad estatal sobre cosas. El dato de que siempre deban servir a la generalidad no basta como criterio exclusivo para determinar su estructura y sistematización. Semejante objeto de examen sería demasiado heterogéneo para poder comprobarse como tal de forma unitaria; o –dicho de forma más drástica-: simplemente no cabría designar ningún bien jurídico colectivo que no presentara una relación con la generalidad⁸⁰.

Por lo tanto, según la afirmación de este autor, los bienes que HEFENDEHL llama colectivos atienden al criterio de la generalidad pero no por ello su sistematización se agota en la misma. Tampoco el criterio de la titularidad general serviría como fundamento para su mayor o menor protección. Parecería haber cierta coincidencia entre su postura y la postura de SOTO NAVARRO respecto de este punto. Una cosa sería lo que describe al tipo de bien jurídico de que se trate y otra es que dicha descripción –adjudicándole determinadas características-fundamente la protección o explique la naturaleza de éstos. Según entiendo, para definir lo esencial y exclusivo –aquello que lo diferencia del resto- no bastaría con una característica que pueda presentarse en otra clase de bienes jurídicos.

Desde la perspectiva de HEFENDEHL, los bienes jurídicos colectivos se caracterizan por que nadie puede ser excluido de su uso –lo que implica la importancia de su existencia para todos los individuos- y que su disfrute por una persona no implica el no disfrute para otra. Así, según el autor:

(...) Para delimitar los derechos individuales de los bienes colectivos se destaca, además el concepto de no-distributividad (Nicht-Distributivität). Conforme a él, un bien será colectivo si es conceptual, real y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignárselas a los individuos como porciones. (...) el bien jurídico colectivo es vulnerable frente a un consumo contrario al ordenamiento y, por tanto, puede ser reducido o destruido. En cambio, es posible que el consumo conforme al ordenamiento deje intacto al bien jurídico colectivo⁸¹.

Esta definición en clave económica describe –a mi parecer- la esencia de los bienes colectivos. Luego, siguiendo esta postura, no están prohibidos los “consumos” legales –se entiende, permitidos en base a una ponderación entre los derechos asignados a todos los ciudadanos con respecto a su libertad de actuación-, por el contrario, aquellos que son ilegales y están prohibidos, tienen la capacidad de lesionar los bienes colectivos –precisamente por eso no son permitidos-. Si bien, dichos bienes pertenecen a todos, no se puede pretender el disfrute exclusivo de “uno sólo de los propietarios”, su naturaleza exige que exista siempre un disfrute general. También, esto nos lleva a la el criterio de cómo usamos el bien, de tal forma que no se trata sólo de no impedir que otros disfruten del mismo –lo cual significaría interferir en la libertad de actuación de los otros y configuraría una lesión a los derechos de terceros-, sino también, que en los actos de “consumo” no deterioremos el bien de tal manera que luego no sea

⁸⁰ HEFENDEHL, Roland: *“El bien jurídico como eje material de la norma penal”*. / *“La teoría del bien jurídico”*. Ed: HEFENDEHL, Ronald. Ed. Española: ALCÁCER, Rafael. MARTÍN, María. ORTIZ DE URBINA, Íñigo/ Madrid, Marcial Pons, 2007. p. 182

⁸¹ Ídem. p. 189

posible su disfrute por los demás. Es decir, el uso infructuoso que no sólo se sirve del bien sino que lo daña, no está permitido.

Con referencia a la sub clasificación de los bienes jurídicos que HEFENDEHL denomina colectivos, arriba a una conclusión a partir de sus premisas previamente expuestas:

Del criterio del no-desgaste surgen **tres grupos de bienes colectivos**. Los bienes jurídicos relativos a la organización del Estado y su desarrollo no se disfrutan en sentido estricto por los miembros de la sociedad, sólo se aseguran para ellos, con lo que no se cumple más que el criterio de la no-distributividad. En cambio, los bienes jurídicos que sirven de base a los delitos contra el medio ambiente se disfrutan por los ciudadanos; pero, dado que en el fondo recurren a realidades naturales y, por lo tanto, esos bienes jurídicos están descriptivamente configurados, el Estado no tiene la posibilidad de poner este bien jurídico colectivo a disposición de la generalidad de forma ilimitada. Por último, los bienes jurídicos a los que tiene que poder recurrir un ciudadano en un determinado orden social (por ejemplo, la seguridad de la moneda) han de construirse libres de desgaste, porque, si no, no estaría garantizada la premisa de que cualquiera puede utilizar un bien jurídico colectivo⁸² (subrayado añadido).

Sobre dicha clasificación, me interesa hacer algunos comentarios respecto a los dos primeros grupos. Respecto al primer grupo de bienes mencionados por HEFENDEHL, coincido en que se busca su aseguramiento, pero dicha consideración no se contradice con que pueda existir un disfrute por parte de los ciudadanos respecto de ellos. Creo que lo que debe bastar para el ordenamiento penal y la tutela que éste otorga es que se aseguren como un estado de cosas que permita a los ciudadanos ejercer sus libertades relacionadas con estos sectores de organización estatal. Por ejemplo, en casos concretos como, por ejemplo, el de la administración de justicia, su aseguramiento consiste en que el ciudadano tenga acceso a la misma en las condiciones más óptimas para llevar a cabo sus fines a los que atiende –y que, por cierto, justifican su existencia-, sin embargo, no por ello, se puede negar que quien recurre al aparato de justicia y logra obtener una respuesta justa a su pretensión, disfruta también del bien jurídico administración de justicia. Claro está, no porque un ciudadano no externalice sus pretensiones de justicia a través, por ejemplo, de una denuncia o apersonamiento a un proceso, no quiere decir que no deba el Estado mantener un estado de cosas en donde se asegure la posibilidad de recurrir a la justicia cada vez que el ciudadano así lo considere. Esto último, como más adelante comentaré, es parte del fundamento que aboga por la tutela de los bienes jurídicos colectivos –o supraindividuales (según la postura que se adopte)- por sí mismos y no en función exclusiva de la lesión mediata a uno de naturaleza individual.

Respecto al segundo grupo mencionado por HEFENDEHL, colocando de ejemplo al medio ambiente, coincido que por depender de la propia naturaleza, lo que puede hacerse en esos casos es asegurar su disfrute pero no de manera ilimitada. Creo que en estos casos se ve con más claridad la diferencia entre quienes proponen tesis más personalista sobre los bienes jurídicos de los que tienen una visión menos individualista. Me explico: el medio ambiente se protege para permitir a las personas desarrollarse en sociedad sin que se vean perjudicados bienes

⁸² *Ibidem.* y p. 190

individuales como la vida o la salud. Un daño al medio ambiente puede traer como consecuencia la vulneración o lesión de la vida o la salud. Sin embargo, sí considero que sea posible hablar de una protección al medio ambiente en cuanto tal, en cuanto estado de cosas que impliquen un estándar mínimo de calidad de “espacio” para que el ser humano se desenvuelva. La lesión al medio ambiente así considerado, no necesita implicar una lesión a la vida para que exclusivamente en base a ello se le otorgue protección, o, en todo caso, no es solamente a partir de la preservación de la vida la salud de las personas que se debe legitimar dicha protección. Es factible otorgar protección a bienes colectivos en base a la necesidad de que su permanencia otorga al individuo un contexto mediante el cual se potencia de la manera más eficaz posible su desarrollo y el libre ejercicio de sus derechos.

De lo manifestado hasta aquí, me interesa indicar que la clasificación esbozada por MARTÍNEZ-BUJÁN es la que considero más útil. Por supuesto, la subdivisión de HEFENDEHL no me parece desacertada pero describe uno de los casos que forma parte en el esquema de MARTÍNEZ-BUJÁN de los bienes jurídicos supraindividuales en sentido estricto. En otras palabras, partiendo del esquema de éste último, HEFENDEHL estaría sub clasificando a los bienes jurídicos supraindividuales en sentido estricto. En todo caso, en los delitos contra la administración pública -que son los que aquí interesan- el bien jurídico genérico -llamado comúnmente como “el correcto funcionamiento de la administración pública”- sería un bien jurídico supraindividual en sentido estricto: la administración pública, pues, obedecen a los intereses generales y no de determinado sector en exclusiva.

1. De la protección de los bienes jurídicos supraindividuales y/o colectivos. Postura personal

Si bien de alguna manera he adelantado posición al respecto, aquí me interesa expresar de manera tajante mi postura respecto a la protección de los bienes de naturaleza supraindividual y/o colectivos. Como sostuve, me adhiero a la sub clasificación realizada por MARTÍNEZ BUJÁN por lo que en el caso de los delitos contra la Administración Pública -entre los que se encuentra el delito de enriquecimiento ilícito- denominaré a estos, “bienes jurídicos supraindividuales en sentido estricto”.

Sostengo una visión alejada de toda concepción personalista -en coherencia con mi concepto de bien jurídico- la cual apunta a la protección de esta clase de bienes jurídicos sólo y en tanto la conducta sancionada implique una lesión a intereses individuales. HASSEMER, por ejemplo, eleva su criterio personalista a principio limitador del *ius puniendi* en materia de protección de bienes jurídicos supraindividuales⁸³, posición que no comparto pues considero que es importante destacar siempre que los bienes jurídicos supraindividuales cumplen una función esencial -esencialidad que ha justificado en parte su categorización como bien jurídico- para la sociedad en su conjunto. Como sostiene SOTO NAVARRO en su interesante trabajo, no es que exista total desvinculación entre los bienes jurídicos individuales y los que ella prefiere denominar “colectivos”, sino que como tales, los bienes jurídicos no individuales cumplen

⁸³ Comentarios al respecto en: SOTO NAVARRO, Susana: Óp. Cit. p. 237.

funciones que son relevantes más allá de implicar a su vez la posibilidad de hacer posible los que lo son de naturaleza individual. La citada autora, comenta al respecto:

(...) los intereses del individuo dignos de protección sólo pueden determinarse en atención a la sociedad en que se integra, puesto que uno de los postulados básicos de la intervención penal es la afectación de la convivencia social, sin que aquélla se justifique cuando el comportamiento no supere el mero conflicto entre agresor y víctima. Viceversa, los intereses sociales no son ajenos al individuo, dado que éste participa en su conformación y porque sirven, en mayor y menor grado, a su autorrealización personal. Lo individual está mediado por lo social y viceversa. Por tanto, a mi entender, la relación que cabe establecer entre los bienes jurídicos individuales y los colectivos es más bien de **dependencia recíproca**⁸⁴.

Comparto la concepción dualista de la autora –que también propone K. TIEDEMANN⁸⁵– respecto a la relación entre los bienes jurídicos individuales y supraindividuales. Al no jerarquizarse esta relación se parte de una base importante para considerar estos susceptibles de protección autónoma –a pesar de su dependencia– en base a la función específica y distinta que cumplen respecto de la sociedad. BUSTOS RAMÍREZ, por ejemplo, prefiere denominar a la relación entre los bienes jurídicos individuales y/o colectivos –supraindividuales– como de “complementariedad”, sosteniendo también que los bienes jurídicos colectivos –el autor prefiere no utilizar la denominación de “supraindividuales”– gozan de un contenido autónomo pero acotando que su interpretación debe ser realizada en función a la utilidad que comporta para el individuo⁸⁶. Esto último, desde mi punto de vista, no contradice la postura de proteger a la administración pública, el orden económico, el medio ambiente, y otros bienes jurídicos supraindividuales, de manera autónoma y no como algunos sostienen a condición de que se haya generado a su vez una lesión a una bien jurídico individual. El caso más ejemplificativo es el del medio ambiente como bien jurídico protegido, mientras que desde la postura que comparto éste debe ser protegido al margen de haberse ocasionado una efectiva lesión a la vida o a la salud de determinada persona. Cosa distinta es, claro está, la solución en torno a la efectiva lesividad o puesta en peligro del bien jurídico supraindividual o colectivo –en el ejemplo propuesto, el medio ambiente–. Sobre este punto, aunque refiriéndose a los delitos contra la administración pública, LOPERA MESA manifiesta a propósito de su crítica a la teoría personalista sobre el tema: “Así por ejemplo, no cabe duda que todos los ciudadanos tienen un interés más o menos genérico en que la Administración pública funcione correctamente y preste sin corruptelas los servicios a que está obligada. Sin embargo, es más que dudosa la determinación de los bienes jurídicos individuales a cuya afectación inmediata habría que reconducir los delitos contra la Administración pública”⁸⁷.

Entonces, más allá de la relación de dependencia recíproca existente entre los bienes jurídicos individuales y los que yo prefiero denominar “supraindividuales”, la protección de

⁸⁴ Ídem. p. 233.

⁸⁵ Cfr. TIEDEMANN, K.: “*Poder económico y delito. Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa*”. Barcelona, Ariel, 1985.

⁸⁶ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J.: “*Los bienes jurídicos colectivos*”. Barcelona, PPU, 1987.

⁸⁷ LOPERA MESA, Susana: Óp.cit. p. 238.

estos últimos es autónoma, es decir, se protegen en tanto presupuestos necesarios para el desarrollo de la persona y para la posibilidad de lograr otros tantos intereses que, ciertamente, configuran bienes jurídicos individuales. Sin embargo, la visión no es desde el individuo hacia afuera si no desde el individuo *en* sociedad. La vida y la salud o integridad son protegidos como bienes jurídicos individuales y pueden verse lesionados como consecuencia de un hecho que contra el medio ambiente –vertido de residuos tóxicos, por ejemplo-, pero también puede suceder que el vertido de residuos tóxicos afecte el medio ambiente sin generar una efectiva lesión a la salud sino que perjudique las condiciones de seguridad de vivir en un medio ambiente saludable. Por tanto, el medio ambiente se protegería en sí mismo más allá de su estrecha relación con los bienes jurídicos individuales que puedan verse afectados.

Como mi conclusión en este apartado: los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos son presupuestos para la satisfacción de intereses de carácter individual pero su protección no está condicionada a la lesión de dichos intereses.

2. Bienes jurídicos supraindividuales y/o colectivos y principio de lesividad

Como primera consideración de este apartado, creo importante acotar que los bienes jurídicos supraindividuales, como es el caso de la Administración Pública, por su complejidad pueden obtener protección de acuerdo a las distintas dimensiones que los componen. Es decir, en el ejemplo de la Administración Pública –y como parte del desarrollo central de este trabajo- la tipificación no está contenida en un solo precepto o a través de la sanción de una sola conducta; sino que –obedeciendo a los diferentes fines concretos que cumple como institución- su protección a través de diversos tipos penales obedece a las distintas dimensiones y tipos de relaciones de la administración pública como institución con distintos fines –además, destinada a satisfacer distintas necesidades que no necesariamente requieren todos en toda circunstancia pero que deben garantizarse a la sociedad en su conjunto-.

Por otro lado, el principio de lesividad –que, por cierto, está contemplado en el artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código penal: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro, de bienes jurídicos tutelados por la ley”-. Sin pretender extenderme en el tema, lo que dicta este principio penal es que un hecho es punible en la medida que el hecho haya producido una efectiva lesión al bien jurídico protegido en la norma penal. Así, cuando el precepto del Título Preliminar habla de “peligro”, estaría refiriéndose al peligro concreto –descartando así, al parecer, a los casos de hechos que configuran un peligro abstracto. En lo que aquí interesa, cabe recordar que los delitos supraindividuales o colectivos están formulados –se sostiene- en clave de peligro abstracto y en virtud de ello, se critica que no se cumpla, en su caso, con el respeto por el principio aludido. Entonces las preguntas que surgen (por ejemplo en el caso de los delitos contra la Administración Pública) son las siguientes: ¿Cómo podría lesionarse el correcto funcionamiento de la Administración Pública con un acto de cohecho o de peculado? ¿Cómo un acto de vertidos tóxicos puede generar una lesión a todo el medio ambiente?. Para responder estas preguntas se han propuesto soluciones no exentas de críticas. Antes de realizar

algunos breves comentarios a algunas propuestas, me interesa establecer el concepto de peligro que aquí se adopta.

En tal sentido, como resalta TERRADILLOS BASOCO, el recurso a los tipos penales de peligro no tiene porqué concitar mayores problemas si se define al peligro como la “probabilidad de un mal”. En tal sentido, el autor indica: “(...) el peligro como probabilidad, exige una prueba de afectación negativa a la seguridad de un bien jurídico en el caso concreto que se está juzgando: no hay peligro cuando se constata la sola probabilidad estadística, pero no la idoneidad lesiva del hecho concreto”⁸⁸. Para el autor, entonces, el peligro presunto –cuando no existe la probabilidad de un mal sino sólo la presunción de dicha probabilidad- sería una técnica que tornaría inconstitucional un tipo penal positivizado bajo esa fórmula. El Prof. TERRADILLOS, además considera que el concepto de peligro es el mismo tanto para el caso del peligro abstracto como el del peligro concreto. Para él –y me adhiero a su posición al respecto-, lo “abstracto” o lo “concreto” como peligro, son sólo formas en que se manifiesta este último⁸⁹.

Luego, lo que representaría una problemática para cierto sector de la doctrina respecto de los delitos que no son de naturaleza individual, no lo serían tanto si se define el peligro como la vulneración o afectación a las condiciones de seguridad del bien jurídico. O se produce una lesión o se afectan las condiciones de seguridad de intereses –bienes jurídicos- esenciales para el desarrollo de la persona en la sociedad y para la existencia misma de la sociedad en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, en cualquiera de los casos, la protección de estos intereses es legítima y dependerá del bien concreto de que se trate para determinar la técnica legislativa más adecuada para su protección.

Por lo tanto, desde la postura que aquí se adopta, recurrir a las técnicas de peligro para la tipificación en el caso de delitos supraindividuales, no tendría por qué implicar mayor problema si se entiende el peligro en el sentido definido. De postura distinta al respecto es SOTO NAVARRO para quien “es erróneo el recurso a estructuras típicas de peligro abstracto sobre la base de que no es determinable la lesión de los bienes jurídicos colectivos, por tratarse de objetos ideales”⁹⁰, sin embargo, el punto de partida de la autora es que en esos casos habría un adelantamiento de las barreras de protección respecto de bienes sobre los que –por su inmaterialidad- no se puede determinar su efectiva puesta en peligro. Al respecto, considero que en realidad no existe un adelantamiento de la barrera sino que habría que considerar dos criterios: a) el concepto de peligro como una probabilidad de mal y como la afectación de las condiciones de seguridad del bien jurídico supraindividual y, b) La consideración –que más adelante se trata en concreto para el delito de enriquecimiento ilícito- de que los bienes jurídicos supraindividuales vinculados a instituciones, tal como ocurre con la administración pública, el bien jurídico supraindividual es genérico y es necesaria siempre la determinación de los bienes jurídicos concretos o específicos

⁸⁸ TERRADILLOS BASOCO, Juan María.: *“Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico y la Empresa”*. Lima, ARA Editores, 2010. pp. 32 y 33.

⁸⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María.: *“Derecho Penal Económico. Parte General”*. Ponencia en aulas en la Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 27 de agosto 2012.

⁹⁰ SOTO NAVARRO, Susana: Óp cit. p. 178

protegidos respecto de los cuáles no necesariamente se recurriría a técnicas de peligro abstracto –o incluso concreto-, sino, de lesión.

Ahora bien, al margen de haber adoptado previamente posición respecto a lo que se debe entender por “peligro”, me interesa destacar las propuestas en torno a la aludida problemática planteada entre la técnica legislativa del peligro abstracto en los delitos supraindividuales y el principio de lesividad. Un sector de la doctrina ha respondido a la crítica realizada al empleo de la técnica del peligro abstracto proponiendo la “teoría de la acumulación” propuesta por KUHLEN –según comenta SOTO NAVARRO⁹¹- y que básicamente propone considerar que si bien con una sola conducta no podría lesionar o poner en concreto peligro al bien jurídico individual, habría que considerar que dicha conducta de ser repetitiva o reiterativa –una sumatoria de conductas dirigidas contra el bien jurídico- provocaría la efectiva lesión. Es decir, la tesis propuesta por dicho autor propone asumir -antes que efectivamente suceda- que si todos realizaran –a futuro- la misma conducta –inofensiva per sé para el bien jurídico supraindividual- se efectivizaría una lesión. Lo que estaría sancionándose es una conducta en base a supuesta conductas que en el futuro podría probablemente suceder pero que aún no ha sucedido –y que, además, no serían realizadas por el mismo autor de la conducta ya realizada, sino por otros sujetos de indeterminada individualización-. Esto significaría una afectación a principios tales como el de culpabilidad o de proporcionalidad. No abundaré más al respecto.

Por otro lado, se encuentra la teoría de los “bienes jurídicos intermedios o con función representativa”. Generalmente propuesta para delitos medio ambientales pero difundido como una propuesta de solución ante la problemática comentada en este apartado. Propulsada por SCHÜNEMANN y difundida por autores como JAKOBS⁹², dicha teoría consistiría en lo siguiente según comenta SOTO NAVARRO: “Se parte de que los citados bienes jurídicos colectivos son inmateriales, por lo que es preciso recurrir a otro bien jurídico que los represente en un plano menor abstracto. Ese bien jurídico intermedio o inmediato resultaría lesionado con la mera realización de la conducta subsumible en el tipo, lo que fundamentaría por sí solo un injusto específico merecedor de pena”⁹³. En base a la propuesta de concepto de peligro, a la naturaleza de los bienes jurídicos supraindividuales y a la consideración –aquí adoptada- de la protección de éstos de manera autónoma; considero la propuesta de los bienes jurídicos intermedios o con función representativa, innecesaria. Para ser más gráfica, propongo dos ejemplos: el caso de los delitos medio ambientales y el caso –materia principal de este trabajo- de los delitos contra la administración pública.

En el caso de los delitos medio ambientales, si se considerara necesaria la técnica de los bienes intermedios o con función representativa se estaría negando la protección autónoma de los bienes jurídicos supraindividuales –o, para quienes prefieran usar el término, colectivos- al exigir la lesión necesaria de los bienes jurídicos inmediatos: los bienes jurídicos individuales, tales como la vida, la salud, etc. Es decir, en el ejemplo propuesto, la técnica de los bienes

⁹¹ Cfr. Ídem. p. 184.

⁹² Cfr. JAKOBS, Günther: “Derecho Penal: Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación”. Madrid, Marcial Pons, 1997.

⁹³ SOTO NAVARRO, Susana: Óp. cit. p. 181.

intermedios sería la siguiente: el bien jurídico tipificado en clave de peligro abstracto sería el medio ambiente –o la ecología- el cuál se configuraría como el bien jurídico mediato que no podría lesionarse con una sola acción –por ejemplo, de vertidos tóxicos-. Por lo tanto, se exigiría la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico inmediato que subyace a esta clase de delitos y que sería, entonces, la vida, la salud u otros. Según esta lógica: con la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico inmediato se estaría poniendo en peligro abstracto al bien jurídico mediato (avalando con ello la técnica legislativa del peligro abstracto) pero no se vulneraría el principio de lesividad en la medida en que sería suficiente la lesión del bien jurídico inmediato que lo estaría representando. Como sostuve, no considero necesaria esta propuesta en base a la definición de peligro de la que parto y de la protección autónoma de los bienes jurídicos no individuales. En el caso del medio ambiente, el reproche estaría configurado al realizar una acción que vulnere o afecte las condiciones de seguridad del medio ambiente. Es decir, si bien no puede comprobarse la lesión efectiva si puede afirmarse que las condiciones de seguridad se alteran al violar las normas que tiene con fin protegerlo. En otras palabras, en el caso de esta clase de delitos la relevancia de su protección autónoma radica en la importancia que tiene el asegurar su existencia como marco óptimo para ejercicio de una serie de intereses de la persona actuante en la sociedad.

En el ejemplo de la Administración Pública como bien jurídico supraindividual habría que partir recordando que como institución tiene asignada una serie de fines o funciones que se cumplen a través de distintos órganos o subsistemas con competencias específicas. Debido a lo último, su afectación puede suceder desde distintas dimensiones y, por lo tanto, la técnica legislativa empleada obedece a considerar una serie de intereses específicamente protegidos por cada tipo penal. En otras palabras: en el caso de la Administración Pública, existe un bien jurídico genérico –además supraindividual- y, además, bienes jurídicos específicos que son protegidos de manera autónoma. Recurrir a la técnica de los bienes jurídicos intermedios carecería de mayor relevancia si se considera –nuevamente- el concepto de peligro aquí adoptado y la lesión o puesta en peligro concreto de los bienes jurídicos específicos –estos últimos, por cierto, no serían tampoco bienes jurídicos de naturaleza individual-.

SEGUNDA PARTE

EL BIEN JURÍDICO ESPECÍFICO EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

I. Delitos contra la Administración Pública: La relevancia de la protección penal de la Administración Pública.

En concordancia con lo desarrollado en el capítulo anterior, la Administración Pública como bien jurídico protegido en el ámbito penal es de naturaleza supraindividual y su expresión genérica suele traducirse en doctrina en la protección del “correcto funcionamiento de la Administración Pública”-aunque no exclusivamente-. Así como también sostuve respecto de los demás bienes jurídicos supraindividuales –colectivos o en sentido estricto-, su protección no se condiciona a la protección de bienes jurídicos individuales sino que encuentra protección autónoma en base a la relevancia de su mantenimiento en el sistema como un marco jurídico óptimo para la realización y ejercicio de diversos derechos y libertades esenciales de las personas que interactúan en la sociedad. Si bien en acápite posterior desarrollaré algunos aspectos relacionados con la función institucional que cumple la Administración Pública, por lo pronto, me interesa destacar que la Constitución Política reconoce a la persona como el fin supremo de la sociedad y del Estado⁹⁴ así como el derecho que tiene a su libre desarrollo⁹⁵. La Administración Pública como institución tiene como parte de sus fines el aseguramiento de ese libre desarrollo. En tal sentido, la persona requiere para el ejercicio de sus derechos –por citar algunos: salud, educación, al ejercicio de la actividad económica en el marco de un libre mercado, al acceso a la justicia, al trabajo, etc.- de la intervención del Estado a través de un aparato burocrático que haga ello posible.

Los ilícitos más graves⁹⁶ cometidos por los destinados a llevar a cabo los fines de la Administración Pública –es decir, los funcionarios públicos- en contra de ésta son comúnmente

⁹⁴ El artículo 1° de la Constitución Política, establece: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

⁹⁵ Artículo 2° (1): “Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (...)” (subrayado agregado).

⁹⁶ Es preciso recordar que la comisión de actos de carácter ilegal o ilícito no siempre y en todos los casos están sancionados en la vía penal, sino que existe también la vía administrativa que contempla respuestas menos intensas

denominados delitos de corrupción. Si bien, entendido por algunos como sinónimo de soborno – que desde el derecho penal se conoce como el delito de cohecho-, el uso del término es utilizado de manera amplia⁹⁷ para referirse a todos los delitos cometidos por funcionarios públicos en abuso de su función⁹⁸-cuando al derecho penal se refiere-.

La relevancia del fenómeno, sin embargo, no justifica per sé la intervención penal. Como sostiene DE LA MATA:

El fenómeno de la corrupción debiera interesar, desde un punto de vista jurídico-penal, no tanto, o en absoluto, por el enriquecimiento patrimonial que conlleva para quienes participan en él, sino por el perjuicio que pueda generar para intereses merecedores y necesitados de tutela. **Esta perspectiva no puede dejar de atenderse desde el Derecho Penal, al menos por quienes sigan creyendo en la institución del bien jurídico –en cuanto a su contenido material- como pilar fundamental en la construcción del mismo**⁹⁹ (subrayado agregado).

En tal sentido, si bien la corrupción puede ser entendida de manera amplia, no por ello todo lo que se conceptualiza bajo ese término es necesariamente de relevancia penal¹⁰⁰. Más allá de ello, el problema de la corrupción ha generado la creación institucional de entidades cuyo objetivo es luchar contra este fenómeno. En el caso del gobierno, a nivel de la Presidencia del Consejo de Ministros, se creó la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN)¹⁰¹ como un “espacio integrado por instituciones públicas, privadas y la sociedad civil que tiene por objeto articular esfuerzos, coordinar acciones y proponer políticas de mediano y largo plazo dirigidas a prevenir y combatir la corrupción en el país”¹⁰². La CAN-Anticorrupción¹⁰³ ha elaborado una

al hecho cometido – en concordancia, claro, con la naturaleza menos gravosa de éste-. En tal sentido, existen infracciones administrativas cometidas por funcionarios públicos, que no justifican la intervención penal.

⁹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis: “Delimitación del concepto penal de corrupción” / En: *Delitos contra la Administración Pública*. Dir. Luis Reyna Alfaro / Lima, Jurista Editores, 2009. El autor también pone énfasis en las concepciones que se basan en los distintos enfoques –más allá de lo jurídicamente relevante- respecto a este fenómeno.

⁹⁸ Sin embargo, el término es utilizado también en otros casos no penalmente relevantes u otros que, si bien lo son, no están dirigidos a sancionar necesariamente a funcionarios públicos. En ese sentido, los comentarios de Urs Kindhäuser al respecto. Cfr. KINDHÄUSER, Urs: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad” / En: *Delitos contra la Administración Pública*. Dir. Luis Reyna Alfaro / Lima, Jurista Editores, 2009.

⁹⁹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: “Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública” / En: *Delitos contra la Administración Pública*. Dir. Luis Reyna Alfaro / Lima, Jurista Editores, 2009. p. 41.

¹⁰⁰ El estudio de la corrupción desde distintos enfoques han sido realizados en doctrina. Un interesante y orientador trabajo desde una perspectiva multidisciplinaria es el siguiente: “La corrupción en un mundo globalizado. Análisis interdisciplinario”, Salamanca, Ratio Legis, 2004. Dicho trabajo coordinado por NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA y EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS, contiene una serie de trabajos que presentan la problemática de la corrupción, de autoría de diversos estudiosos sobre el tema. Ya desde un enfoque jurídico, FABIÁN CAPARRÓS coordinó también la edición del libro “La corrupción: aspectos jurídicos y económicos”, Salamanca, Ratio Legis, 2000. Ambos textos presentan una serie de propuestas para entender el fenómeno de la corrupción desde distintas perspectivas. Otro interesante estudio - aunque más sucinto- es el de Alberto POVEDA PERDOMO en su monografía “La corrupción y el régimen”, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000.

¹⁰¹ Creada por Decreto Supremo D.S. N° 016-2010-PCM. Posteriormente, por Ley N° 29976, se elevó a rango de Ley la norma de creación de la CAN-Anticorrupción; y, por D.S. 089-2013-PCM, se aprobó el Reglamento de la Ley 29976.

¹⁰² Según se manifiesta expresamente en su página web: <http://can.pcm.gob.pe/category/nosotros> . Visitada el 13 de febrero de 2014.

serie de propuestas como resultado de sus diversas sesiones¹⁰⁴; la última de ellas, aprobada a nivel legislativo fue la Ley N° 30111, publicada el 30 de noviembre de 2013 (referida a la incorporación de la pena de multa en los delitos de corrupción)¹⁰⁵. Cada vez más ha ido institucionalizándose la atención prioritaria al fenómeno y problema de la corrupción en el Perú.

La relevancia de la protección del bien jurídico que subyace en los delitos contra la Administración Pública se ha puesto de relieve por el Tribunal Constitucional (TC). Así, refiriéndose a los principios que rigen a la actividad pública, el TC ha sostenido lo siguiente en un pronunciamiento –si bien, relacionado con el delito de colusión–:

La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el derecho penal en el ‘correcto funcionamiento de la administración pública’. A su vez, este Tribunal entiende que ello puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. Así, la intervención en derechos fundamentales (vgr. Libertad personal) que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal ‘De la función pública’¹⁰⁶.

A pesar que el TC se refiere en dicho fundamento al bien jurídico genérico –sobre lo que desarrollaré en apartado posterior- considero pertinente la perspectiva constitucional aportada al referirse no solo a aspectos concretos hacia donde la administración dirige sus actividades, sino, de cara a los principios que rigen dichas actividades.

Entonces, a los delitos contra la Administración Pública –generalmente denominados “delitos de corrupción”- se les ha otorgado especial relevancia y ello ha justificado que se elaboren estrategias político-criminales y se exteriorice cada vez más la importancia de la lucha anticorrupción del Estado. El Tribunal Constitucional también ha hecho referencia a lo dicho en los siguientes términos:

Una ponderación no menos equilibrada se requiere en un asunto en el que, como en el presente caso, se encuentra directamente involucrada la eficacia de la lucha anticorrupción prevista por el Estado peruano como su principal objetivo en el diseño de la política criminal de los últimos 5 años. No sólo por una cuestión de connotación sociológica, sino porque, en el plano normativo-

¹⁰³ Cuya Comisión de Alto Nivel está conformada, según el artículo 2° de la Ley N° 29976, por: el Presidente del Congreso de la República, el Presidente del Poder Judicial, el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, el Presidente del Tribunal Constitucional, el Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, el Fiscal de la Nación, el Presidente de la Asamblea Nacional de Gobiernos Regionales, el Presidente de la Asociación de Municipalidades del Perú, el Secretario Ejecutivo del Foro del Acuerdo Nacional y el Coordinador General de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción.

¹⁰⁴ Vid. <http://can.pcm.gob.pe/category/propuestas-can/>. Visitada el 13 de febrero de 2014. Como se puede apreciar –a la fecha-, posteriormente, aunque aún en revisión en la Presidencia del Consejo de Ministros, se han propuesto el Anteproyecto que reglamenta el Decreto Legislativo 1106 de la lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos como la minería ilegal; el Anteproyecto que propone modificar el artículo 400° C.P. que tipifica el tráfico de influencias; y el Anteproyecto que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de corrupción.

¹⁰⁵ Propuesta como parte del Acuerdo N° 026-2013-CAN / Sesión XV.

¹⁰⁶ STC N° 0017-2011-AI/TC (Mayo, 2012) FJ. 14.

constitucional, tal como ocurre con el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas, el espionaje, la traición a la patria y el genocidio, el Constituyente ha advertido la dimensión particularmente disvaliosa de los actos de corrupción, por la magnitud de daño que provocan al cuadro material de valores reconocido por la Constitución¹⁰⁷.

Si bien no necesariamente me adhiero a todas las posturas pronunciadas por el TC relacionados con la materia, me resulta interesante y un importante aporte la visión constitucional –a través de la referencia a valores reconocidos en la carta magna- que éste realiza¹⁰⁸. Por lo tanto, más allá de cuestiones puramente dogmáticas, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve la importancia de la protección de la Administración Pública en el ámbito penal como una de las formas de lucha anticorrupción. Me interesa destacar que la alusión de determinados principios que rigen la Administración Pública así como la actividad funcional –esto es, al ejercicio de la función pública- es un aporte importante en aras a una mejor comprensión de la relevancia de los intereses específicamente contravenidos con determinadas conductas. Para efectos de la determinación del bien jurídico específico en el caso del delito de Enriquecimiento Ilícito, estos principios son una base importante como más adelante explicaré.

Por lo pronto, me interesa acotar –como de alguna manera se ha ido adelantando- que si bien político-criminalmente está plenamente justificada la lucha contra la corrupción, el Estado no solo cuenta con las herramientas penales para hacerla efectiva. La lucha anticorrupción exige una serie de estrategias¹⁰⁹ que no sólo incluyen normas jurídicas que sancionen hechos que

¹⁰⁷ STC N° 0019-2005-PI/TC (Julio, 2005) FJ. 59.

¹⁰⁸ Así también, el Tribunal Constitucional ha reconocido un denominado “principio de proscripción de la corrupción”: “El proceso de lucha contra cualquier forma de corrupción –tanto aquellas vinculada al aparato estatal como las que coexisten en el ámbito de la sociedad civil- obliga a los clásicos poderes del Estado, a los cuales se suma el Tribunal Constitucional en el cumplimiento del deber de la jurisdicción constitucional concentrada y difusa, tomar medidas constitucionales concretas a fin de fortalecer las instituciones democráticas, evitando con ello, un directo atentando contra el Estado social y democrático de Derecho, así como contra el desarrollo integral del país”. En: STC N° 0009-2007-PI/TC y N° 0010-2007-PI/TC –acumulados- (Agosto, 2007). FJ. 55.

¹⁰⁹ A modo informativo, en el marco de esta lucha –y aunque existan diversos antecedentes a éste- últimamente se aprobó el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016 mediante Decreto Supremo N° 119-2012-PCM, publicado el 9 de diciembre de 2012. En coherencia con las estrategias planteadas en dicho plan, el 23 de abril de 2013 fue publicado en el diario “El Peruano” el Decreto Supremo N° 046-2013-PCM que aprueba la Estrategia Anticorrupción del Poder Ejecutivo a través de 20 acciones concretas: 1) mejora en la eficiencia de la gestión pública; 2) optimización de los procedimientos y servicios administrativos; 3) consolidación de un Estado transparente; 4) lineamientos y directivas que orienten la integridad y la ética en la actuación del empleado público; 5) implementación efectiva del control interno en las entidades del Poder Ejecutivo; 6) mejora de la gestión de los recursos humanos; 7) publicación de las sanciones de destitución y despido; 8) sistematización de la información sobre procesos administrativos disciplinarios vinculados a actos de corrupción; 9) reconocimientos públicos e incentivos a las entidades cumplidoras de estándares de integridad; 10) acompañamiento técnico a procesos de contrataciones públicas; 11) mejora en las capacidades de los operadores de contrataciones del Estado; 12) alianza con el sector privado y la sociedad civil para reducir los riesgos de corrupción; 13) alertas tempranas de riesgos de corrupción; 14) estandarización de los mecanismos de denuncias; 15) sistematización de jurisprudencia en materia anticorrupción; 16) fortalecimiento del Sistema de Defensa Judicial del Estado; 17) política de recuperación de activos y cobros de reparación civil; 18) registro nacional de la corrupción; 19) propuestas legislativas para el fortalecimiento de las medidas contra la impunidad; 20) planes anticorrupción sectoriales.

Además de dicho Plan estratégico, anteriormente había sido elaborado el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2008-2011. Si bien mediante Decreto Supremo 004-2006-JUS se preparó un proyecto al respecto –que por

afecten el funcionamiento de la Administración Pública. Sin embargo, los tipos penales que conforman los delitos que atentan contra la Administración Pública en general y que protegen bienes jurídicos en base a dichos principios (aunque no exclusivamente pues otros tantos como los de subsidiariedad y proporcionalidad en el derecho penal son límites al ejercicio de *ius puniendi* en materia penal) son generalmente conocidos como delitos de corrupción.

Por lo tanto, hacer referencia a la corrupción como una lamentable realidad contra la que hay que combatir desde distintas aristas, no hace sino reafirmar la relevancia de estos intereses. Por supuesto, aunque parezca ocioso acotarlo, no se está diciendo con ello que el bien jurídico protegido –ni genérico ni específico- sea “la lucha contra la corrupción”¹¹⁰.

1. Previas reflexiones en torno a la finalidad prestacional de la Administración Pública

A la Administración Pública le competen –entre otros- fines de brindar determinados servicios conformados como condición básica para el desarrollo de la persona y su efectiva participación social¹¹¹. Así, por ejemplo, también lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en varios pronunciamientos, entre los que se encuentra la STC N° 2016-2004-AA/TC¹¹²: “Tal como se ha precisado (...) el Estado peruano (...) presenta las características de un Estado social y democrático de Derecho, y en cuya configuración adquieren relieve dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar su presupuestos, y la identificación

cierto, incluía la creación de un Grupo de trabajo para tales efectos-, el mencionado Plan nunca fue aprobado por una norma aunque sí fue presentado públicamente el 23 de Diciembre de 2008 estableciendo los siguientes objetivos: 1. Promover el fortalecimiento del Sistema de Lucha contra la Corrupción articulado; 2. Institucionalizar en la administración pública las prácticas de buen gobierno, la ética, la transparencia y la lucha contra la corrupción; 3. Articular una estrategia judicial eficaz e integral contra la corrupción; 3. Articular una estrategia judicial eficaz e integral contra la corrupción; 4. Promover prácticas y/o conductas en el sector empresarial para combatir la corrupción; 5. Promover la activa participación de los medios de comunicación en la lucha contra la corrupción; 6. Lograr el compromiso de la sociedad para que participe de manera activa en la lucha contra la corrupción; 7. Desarrollar esfuerzos concertados a nivel internacional en la lucha contra la corrupción.

Como se puede apreciar, la lucha anticorrupción abarca, pues, un ámbito de actuación que no compete sólo al ámbito penal sino que comprende de manera amplia una serie de acciones destinadas también a prevenir la corrupción. No obstante ello, la importancia de contar con una Administración Pública correcta y eficaz –y ello no sucede cuando sus actividades no se ajustan al marco de la legalidad y los principios que la rigen- que haga posible sin desviaciones de ninguna índole los fines que justifican su existencia institucional.

¹¹⁰ La preocupación por combatir la corrupción se ve plasmado a nivel supranacional a través de instrumentos tales como: la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) y el Código Internacional de conducta para titulares de cargos públicos” aprobado por Resolución 51/59 de las Naciones Unidas. Respecto a estos instrumentos se hace referencia más adelante.

¹¹¹ Un reflejo de ello, aunque desde una redacción muy general pero nada más y nada menos que desde la Constitución Política, es lo establecido en el artículo 44° de nuestra Constitución Política respecto de los deberes del Estado frente a la sociedad: “Art. 44°.- *Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.(...)*”. Correspondiente a ello, la Constitución tiene, además, otras disposiciones expresas relacionadas con estos deberes referidos en el artículo 44°.

¹¹² Se trata de un pronunciamiento –demanda de amparo- referido específicamente a los denominados derechos sociales –en el caso concreto, el acceso a la prestación de la salud-.

del Estado con los fines de su contenido social”¹¹³; más adelante, el TC agrega: “(...) se hace necesaria la exigencia de los derechos sociales y económicos, también llamados derechos prestacionales, como la seguridad social, salud pública, vivienda, educación y demás servicios públicos, pues ellos representan los fines sociales del Estado a través de los cuales el individuo puede lograr su plena autodeterminación”¹¹⁴. Es el Estado, pues, garante de brindar las condiciones mínimas –a través de sus distintas instituciones (justamente aquellas que conforman la administración pública)- para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos y libertades bajo las condiciones dictadas por el principio de igualdad y no discriminación.

En virtud de lo comentado previamente, debemos recordar, entonces, que los servicios que brinda la Administración Pública –como institución del Estado destinada a llevar a cabo los fines de prestación social y desde esa perspectiva-, son públicos. Los servicios públicos se conceptúan, desde un sector de la doctrina, “como ‘un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública”¹¹⁵. FRISANCHO APARICIO y PEÑA CABRERA, citan la concepción de BIELSA que resulta, por cierto, un poco más precisa: “De manera integral, Bielsa concibe al servicio público como ‘toda acción o prestación realizada por la administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, asegurada en acción o prestación por el poder de justicia”¹¹⁶. Sin embargo, la acuñación del concepto de “servicio público” tradicional –propuesta por HAORIOU y seguida por los autores citados-, devendría en inexacto según MARTÍN REBOLLO, quien realiza la acotación –pertinente, desde mi punto de vista- de que no se puede identificar a la institución de la administración con el concepto de servicio público –ya sea desde una definición tradicional o moderna-, pues ésta no se limita sólo a brindar estos servicios como parte de sus funciones, sino que también realiza actividades de *policía* y de *fomento*¹¹⁷. La vieja y tradicional concepción de “servicio público” cae en cuanto y en tanto se considere que quien lo brinda necesariamente debe ser un ente público, por ejemplo. Ello es así en la medida que, como actualmente ocurre, dichos servicios son brindados por sectores privados –gracias al principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado basada en la prohibición de los monopolios y el fomento de la actividad empresarial entre los ciudadanos-, y en la búsqueda de un eficaz otorgamiento de los medios necesarios para un Estado democrático que no caiga en el parternalismo o el excesivo intervencionismo. De contrario, entender lo “público” del servicio en relación con los destinatarios de la prestación, sí sería correcto –sin embargo, la concepción tradicional no ha apuntado desde sus raíces específicamente a ese enfoque-. Sobre la crítica de MARTÍN REBOLLO a la tesis de la identificación del concepto de servicio público con el de administración como institución, cabe tomar en

¹¹³ FJ. 7.

¹¹⁴ FJ. 9.

¹¹⁵ FRISANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA CABRERA, Raul A.: “*Delitos contra la Administración Pública*”. Lima, FECAT, 1999. p. 37. Los autores citando a HAORIOU.

¹¹⁶ Ídem. p. 38. Además, los autores, consideran que los elementos constitutivos del servicio público como prestación del Estado, son, entre otras, el carácter colectivo de la misma, la existencia de un marco jurídico que lo regule y la existencia de un organismo encargado de llevar las concretas funciones prestacionales de manera permanente.

¹¹⁷ Vid. MARTÍN REBOLLO, Luis: “*Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras*”. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/17.pdf> (Visitada el 5 de mayo de 2014)

cuenta una perspectiva más amplia respecto a las actividades realizadas por la administración - y que el autor ha clasificado como de policía, de fomento y de servicio público-: incluso cuando realiza actividades de policía¹¹⁸ o de fomento¹¹⁹, indirectamente se está preponderando el interés general. Por lo tanto, más allá de las actividades concretas que realiza la administración, todas ellas conllevan a un amplio y general fin –ciertamente, no se limita solo a realizar actividades de prestación de servicios, pero sí obedecen al mismo fin general-. Finalmente, el autor citado comenta acerca de los distintos pronunciamientos de la Comisión Europea al respecto. En los mismos, se prefiere utilizar el término “servicios de interés general” para evitar el uso de una definición difusa –la tradicional- que conlleve a la confusión entre las finalidades de la administración pública –y sus actividades tendientes a logro de las mismas- respecto del ente que las lleva a cabo:

Con la idea de los ahora llamados “servicios de interés general” o “servicios de interés económico general” se trata, como digo, de compaginar el mercado y el interés colectivo. ¿Cómo articular ese doble objetivo? Pues rompiendo la identificación entre servicio público y titularidad pública del mismo. Ahí está, justamente, la clave y la diferencia con el planteamiento tradicional anterior de servicio público.

Servicio público, dice la Comisión Europea, no equivale a sector público. Servicio público –añade- ha sido un concepto ambiguo que a veces se ha identificado con el organismo que lo prestaba o con la función de interés general atribuida a dicho organismo. Esto es lo que antes llamábamos concepto subjetivo u orgánico de servicio público.¹²⁰

Respecto del paso de una concepción tradicional a una concepción más moderna y adecuada a los tiempos, de la administración pública, también se refiere el administrativista ESTEVE PARDO. Así, desde otro fundamento, diferente a la de MARTÍN REBOLLO, aunque llegando a la misma conclusión de la necesidad de dejar las tradicionales posturas subjetivas respecto a los fines de la administración pública; el autor sostiene que el derecho administrativo como un derecho de la administración pública: “(...) se fue desarrollando al filo de su sometimiento a la ley y los tribunales y cuyo objetivo era y es alcanzar un punto de equilibrio entre los poderes atribuidos a la Administración, para la tutela del interés público que se le encomienda (...) El Derecho administrativo no resulta así aplicable cuando la administración no actúa investida de esos poderes exorbitantes. Esa actuación puede sujetarse perfectamente al mismo Derecho que rige las relaciones entre particulares”¹²¹. Agrega, luego, que la relevancia de cambiar de postura, al respecto, se encuentra en la “acción sobre la sociedad”, que, a su criterio, “ha tenido diverso radio, intensidad y modos de producirse. Una acción que ha variado, y con ella el modelo de Administración, según la correlación que se entablara sobre el Estado y sociedad”¹²². En tal sentido, el autor desarrolla a partir de esa premisa, las diferentes formas de interrelación entre la sociedad –entiéndase, los ciudadanos- y el Estado tomando en cuenta, a la

¹¹⁸ Que, según el citado autor, implicarían la actividad de control e intervenciones a los privados en tanto obligados a respetar los reglamentos y leyes que regulan sus diferentes actividades. Vid. *Ibidem*.

¹¹⁹ Descritas por MARTÍN REBOLLO como las actividades compuestas por incentivos en el mercado, a través de subvenciones o bonificaciones privadas. Vid. *Ibidem*.

¹²⁰ *Ídem*. p. 371

¹²¹ ESTEVE PARDO, José: *Lecciones de Derecho Administrativo*. Madrid, Marcial Pons, 2012. p. 49.

¹²² *Ídem*. p. 50

actividad de “policía” –que mencionara también MARTÍN REBOLLO-, la actividad prestacional del Estado a través de la administración¹²³, y también, el carácter regulador de la misma¹²⁴.

Si bien se ha insistido en línea previas sobre la relevancia de la Administración Pública como institución que hace posible el acceso de los ciudadanos a las condiciones básicas para su desarrollo de acuerdo al ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales; es importante recordar que sus funciones –y como veremos más adelante, su propia definición, enlazada o cohesionada, como concepto, a esos fines- no se reducen a lo prestacional. Existe un interés general en todas las actividades que realiza, pero éstas no son solamente la de brindar servicios. Entonces, desde una definición estricta, sus finalidades en la doctrina administrativa son diversas.

En adelante, en cuanto a la definición de la Administración Pública y a sus fines, citaré algunos conceptos propuestos en doctrina y, cabe resaltarlos, cuando aquí me refiera a los servicios de interés general que brinda la Administración, lo haré desde un enfoque amplio y comprensivo de las posturas actualizadas (dejando de lado, por tanto, las posturas tradicionales subjetivas al respecto –esto es, incluyendo los de fomento y policía, mencionados por la doctrina administrativa-); siempre, considerando que, finalmente, todos ellos, directa o indirectamente, tiene una finalidad que no atiende a un interés particular, sino, todo lo contrario.

2. Administración Pública. Concepto y fines.

Según la Real Académica Española (RAE), se puede entender “administración pública” en dos sentidos: “1) Organización ordenada a la gestión de servicios y a la ejecución de las leyes en una esfera política determinada, con independencia del poder legislativo y el poder judicial. 2) Conjunto de organismos encargados de cumplir esta función”¹²⁵. Sin embargo, esa definición estricta no es funcional para el derecho penal. Así como ocurre con el caso del concepto de funcionario público –que en materia penal es más amplio que en el ámbito administrativo, como se comentará más adelante-, lo que se entienda por administración pública en aras a su protección como bien jurídico debe obedecer necesariamente a una definición más omnicomprendiva. Como ejemplo de la insuficiencia de la definición de la RAE, si bien es acertado hacer referencia a la gestión de los servicios, lo es más –para efectos penales- especificar que se trata de determinados servicios –básicos y esenciales- y no de cualesquiera. Además de ello, parece hacerse referencia sólo a la actividad realizada por el poder ejecutivo y ésta sería una comprensión excesivamente estrecha no solo de los servicios que requiere la ciudadanía del

¹²³ Comentando, además, al respecto, que con las misma se buscan asegurar las condiciones de vida elementales de los ciudadanos reparando las condiciones desiguales existentes así como ofreciendo los servicios públicos elementales.

¹²⁴ Vid. ESTEVE PARDO, José: Óp.cit.

¹²⁵ Sitio web de la Real Academia Española: <http://lema.rae.es/drae/?val=administraci%C3%B3n%20p%C3%BAblica> . Consultada el 30 de Abril de 2013.

Estado –constitucionalmente obligado a otorgárselos- sino de las funciones que diversas instituciones –no dependientes del poder ejecutivo- cumplen para llevar a cabo aquellos¹²⁶.

En el terreno del Derecho Administrativo, JOSÉ BERMEJO intenta una definición de la administración pública que no es estática sino dinámica –propuesta desde la perspectiva de los fines que se le adjudican¹²⁷-, además, se refiere, en clave plural, a “las administraciones públicas”, recordándonos con ello la existencia de una organización y estructura según los sectores concretos de actuación:

(...) Desde un punto de vista práctico (...) las Administraciones Públicas respectivas (...) son las que desarrollan sus actividades en una más directa relación con los ciudadanos, a través de (...) la recaudación de tributos, la limpieza de las calles y el control de residuos, la realización y explotación de obras e instalaciones de carácter público, el control de la seguridad vial o del tráfico, el abastecimiento de aguas y vertidos, el control de la calidad alimentaria o, entre otras muchísimas tareas administrativas de gestión ininterrumpida, la intervención en la agricultura, educación, deporte, etc.¹²⁸

En esa misma línea se pronuncia FIDEL ROJAS¹²⁹ quien, además, define a la Administración Pública como:

(...) la forma organizada más extendida del poder público que en las sociedades contemporáneas exhibe (debe necesariamente poseer) atributos de calificación, competencia, tecnificación, infraestructura de medios, racionalidad y contenido ético-teleológico bien definidos (...). La administración pública vista desde fuera es el poder articulado en niveles y competencias que se diferencian nítidamente de la ciudadanía o sectores privados de destino, a los que sirve (debe servir para legitimar socialmente su existencia), pero sobre los cuales ejerce poder. Desde dentro, la administración pública es un conjunto estratificado y piramidal de subsistemas organizativos, no siempre homogéneos, que tiene en la Constitución Política y en las leyes su fundamento jurídico de existencia¹³⁰.

Sin embargo, y tal como sostiene el mismo autor, aquella no es la perspectiva más óptima para entender la verdadera importancia de las actividades que le competen. Éstas, como sostiene ROJAS VARGAS, tienen un destino de “servicio a la sociedad y a los ciudadanos, bajo estándares de igualdad, eficacia, sometimiento al ordenamiento jurídico y reafirmación del derecho de los seres humanos a convivir e interactuar en condiciones de racionalidad (...) así como recibir por

¹²⁶ Proponiendo también una comprensión amplia del concepto de Administración Pública, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: “Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano”. Lima, Palestra, 2003. p. 21.

¹²⁷ Como se indicó en apartado previo, es más preciso tomar en consideración que ello no se debe reducir a la concepción subjetivo-tradicional ni solo limitarse o equivaler sólo a lo prestacional en un sentido estricto.

¹²⁸ BERMEJO VERA, José: “Derecho Administrativo básico. Parte General”. Navarra, Civitas, 2013. p. 37.

¹²⁹ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel: “Delitos contra la Administración Pública”. Lima, Grijley, 2007. p. 12.

¹³⁰ Ídem. pp. 5 y 6.

parte del Estado (...) gratificaciones que potencien su condición existencial y eleven su calidad de vida”¹³¹

Por su parte, URQUIZO OLAECHEA pone énfasis en un aspecto adicional que me parece relevante:

Una primera consideración debe dejar establecido que la Administración Pública se presenta como un ente prestacional, de servicios a terceros (los administrados) y que dada la naturaleza del servicio, esto es, que toca a la generalidad, el componente supraindividual o macrosocial le dará forma en el área en que se desarrolla. **Entonces, si bien existe una idea general del sistema administrativo, existen pequeños sistemas que tienen características especiales que se reflejan al momento de prestar el servicio. Ello no es indicativo que obedecen a reglas diferentes sino a mecanismos que en cada caso lo conviertan en eficientes dentro del marco de la ley (el servicio asistencial de proveer alimentos a los más necesitados o el de salud no puede ser comparado con servicios como la entrega de pasaportes). En ese sentido, se entiende la idea de pequeños sistemas**¹³² (subrayado agregado).

Lo apuntado por este autor pone ya el acento a las funciones de diversa naturaleza cumple la administración pública; así, una vez diferenciada la perspectiva teleológica y funcional -desde la finalidad que cumple y la razón de su existencia institucional- de la definición formal -como un estático organismo estratificado que también anotara ROJAS VARGAS-, es preciso considerar siempre las diferentes funciones prestacionales concretas y su reflejo pluridimensional. Justamente ello fundamenta la existencia de bienes jurídicos concretos protegidos en estos delitos -y por supuesto, cualquier incumplimiento de la administración respecto de los servicios que presta no necesariamente genera responsabilidad penal-. Los fines del bienestar social le da a la administración pública la característica de relevante y esencial así como compleja -en tanto son amplias las actividades que realiza frente y respecto de la sociedad-. En esa óptica se ubica, por ejemplo, ASUA BARRITA, quien sostiene expresamente lo siguiente: “(...) únicamente desde un entendimiento del carácter servicial de los poderes públicos, comenzando con el poder político, desde su obligada orientación a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos -detentadores de la soberanía- y de la garantía de sus derechos, cabe una reacción congruente y eficaz”¹³³

¹³¹ *Ibíd.* Poniendo énfasis también en la finalidad de satisfacer el bien común como finalidad de la Administración Pública, también, el autor SALINAS SICCHA cuando sostiene: “(...) parece poco plausible poner en discusión que la administración pública constituye un elemento básico de la configuración actual de la sociedad, y por lo tanto, merecedor de protección. En consecuencia, se busca proteger penalmente el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública, orientada siempre al logro de su fin último cual es el bien común”. SALINAS SICCHA, Ramiro: “Delitos contra la Administración Pública”. Lima, Grijley, 2011. p. 5.

¹³² URQUIZO OLAECHEA, José: “Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la administración pública”. Lima, Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 11 y 12, 2002. p. 244.

¹³³ ASUA BARRATITA, Adela: “Delitos contra la Administración Pública”. Bilbao, Instituto Vasco de la Administración Pública, 1997. p. 16.

Ya no desde la óptica del ciudadano con derecho a ciertas prestaciones esenciales, sino desde quién las otorga, la administración pública hace posible el efectivo cumplimiento de las obligaciones del Estado frente a la ciudadanía –en todos sus niveles-.

A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema también se ha pronunciado respecto de la relevancia de la Administración Pública como objeto de tutela penal. Así, por citar un caso, la Corte ha sostenido expresamente:

El rol de la Administración Pública para la consecución de los altos fines del Estado no puede ser sub estimada, en particular si se considera, como se debe, la complejidad y dificultades que a diario enfrentan la acción estatal en el Perú. Como expresión de este papel preeminente la Carta Constitucional ha consagrado una norma de gran significación a saber, la contenida en el artículo treintinueve ab initio, según la cual: ‘Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación’. Esta sencilla fórmula adquiere una gran trascendencia al orientar toda la acción administrativa del Estado Peruano hacia el logro de la finalidad ulterior de servir a la Nación¹³⁴.

Lo último plasma la efectivización de los deberes de la administración pública y relación dinámica con los ciudadanos a través de los funcionarios públicos quienes, en tanto tales, deben trabajar para la consecución de los fines de la administración pública: el bienestar común de la sociedad. No es posible escindir uno de otro –por lo menos desde el punto de vista penal-, administración pública y funcionarios públicos son conceptos que van de la mano hacia una misma meta, o, en todo caso, el funcionario público existe en tanto la administración pública existe pues se avoca a llevar a cabo las actividades que se requieren para que ésta logre sus fines –que, finalmente, son fines del propio Estado-.

3. Bienes jurídicos en los delitos contra la Administración Pública.

Como se adelantó precedentemente, al tratarse de un bien jurídico supraindividual y de carácter institucional, la protección de la administración pública –o de su funcionamiento respetuoso de los principios que la rigen, para ser más exacta- se realiza a través de diversos tipos penales que, en concordancia con las distintas dimensiones y espacios de actuación en los que ésta despliega sus actuaciones, responden a la finalidad de proteger intereses autónomos pero estrechamente enlazados a un amplio interés macro. Sin embargo, la consideración de un bien jurídico genérico en estos delitos es, si se quiere, la expresión de una finalidad última que se busca asegurar para el ciudadano en la mayor medida posible, pero que aún nada en concreto nos indica sobre el fin de protección de cada tipo penal. Por ello, es siempre adecuado e imprescindible identificar cuál es el bien jurídico concreto –o dimensión de la administración pública como objeto de protección- que se protege con cada tipo penal. No obstante lo dicho, a continuación haré referencia a la posición compartida acá sobre cuál es el bien jurídico genérico y, luego, una breve referencia sobre la importancia asignada por la doctrina a la identificación de

¹³⁴ Exp. N° 27-2002-SPE/CSJL, Sentencia del 21 de junio de 2004. En idéntico sentido, la Corte Superior se manifestó en Exp. N° 023-2001 del 10 de noviembre de 2004.

un bien jurídico concreto que legitime la intervención penal en los diversos tipos penales –por razones contra la administración pública- por evidentes razones, no es materia de este trabajo extenderme en el desarrollo la identificación de los bienes jurídicos de todos los tipos penales pertinentes-.

3.1. El bien jurídico genérico en los delitos contra la Administración Pública

Como se ha manifestado, cuando se habla de la administración pública como objeto de protección penal, es preciso tener en cuenta que existe un bien jurídico genérico pero también tantos tipos penales orientados a su protección macro como bienes jurídicos concretos como objeto de protección prioritaria¹³⁵. No sería posible abarcar en un solo tipo penal todas las conductas que afecten a ese bien jurídico genérico –desde la observación que realicé en apartados previos, la recurrencia a la técnica del peligro abstracto no genera mayores inconvenientes si se considera que el peligro debe ser entendido como la afectación a las condiciones de seguridad de la existencia de una administración pública correcta-, tampoco, una sola conducta podría abarcar la gama de aspectos y dimensiones que comportan las funciones del Estado a través de dicha institución. Cada conducta, siempre que así se justifique penalmente, deberá ser tipificada un tipo penal autónomo y dirigido a proteger un bien jurídico específico de acuerdo al “contexto concreto atacado”.

Un sector amplio de la doctrina considera que el bien jurídico genérico en los delitos contra la Administración Pública es el “correcto funcionamiento de la administración pública”, sin embargo, no han faltado críticas a dicha postura por considerar que tiene una connotación demasiado amplia y abstracta. Sin embargo, sobre esta crítica, tal como he sostenido ya, se trata del bien jurídico desde su dimensión más omnicompreensiva. Al no tratarse del interés directamente protegido por el tipo penal concreto, no encuentro mayor problemática en su connotación tan amplia o, incluso, abstracta.

Por otra parte, si bien no habría contradicción alguna en considerar como bien jurídico genérico al “correcto ejercicio de la función pública” –lo que, finalmente, también se vulnera cuando se incurre en cualquiera de los delitos contra la administración pública cometida por funcionarios públicos-; es más preciso comprender que la protección de este interés es, a su vez, funcional para que sea posible “el correcto funcionamiento de la administración pública”¹³⁶ - con más razón si el funcionario público asume competencias (derechos y deberes) en su calidad de tal para los exclusivos efectos de llevar a cabo las actividades prestacionales del Estado-.

¹³⁵ Con ello no pretendo sino decir que la protección de un bien jurídico específico no excluye la protección de intereses comunes y genéricos, todo lo contrario, la protección de un sector o dimensión concreta del bien jurídico genérico coadyuva desde su más “pequeño” sector -o, si se quiere, “microsector”- a que sea posible esa finalidad mayor.

¹³⁶ En esa línea, autores como SALINAS SICCHA: “*Delitos contra la Administración Pública*”. Lima, Grijley, 2011; ABANTO VÁSQUEZ: Óp. cit.; ROJAS VARGAS: “*Delitos contra la Administración Pública*”. Lima, Grijley, 2007. p. 480 –en este último caso, por ejemplo cuando el autor comenta el tipo penal de peculado al referirse al bien jurídico genérico como el “normal funcionamiento de la administración pública”-; FRISANCHO APARICIO y PEÑA CABRERA: Óp cit.

Sigue siendo, pues, más omnicompreensivo y genérico, “el correcto funcionamiento de la administración pública” como bien jurídico ampliamente tutelado.

Por lo tanto, desde la postura que aquí se parte, el bien jurídico genérico en los delitos contra la administración pública es, justamente, el correcto funcionamiento de la administración pública. Con lo último debe entenderse la finalidad de que la administración pública cumpla de manera efectiva y eficaz sus funciones, respetando los principios que la rigen así como el Estado Constitucional y Democrático de Derecho –lo que incluye, evidentemente, el respeto por el principio de legalidad-.

Por otro lado, como menciona CASTRO CUENCA, autores como RUDOLPHI y STEIN consideran que el bien jurídico sería la “capacidad de funcionamiento de la administración pública”¹³⁷, sin embargo, considero que el hacer alusión a la “capacidad” de funcionamiento puede llevar a algunas confusiones respecto a la responsabilidad diligente de los funcionarios y servidores públicos –o del propio Estado- para llevar a cabo los fines de la administración pública frente a situaciones que escapan al control del aparato estatal –por ejemplo, por falta de presupuesto- y que tienen como consecuencia la existencia de entidades públicas con escasos recursos que dificultan llevar a cabo sus objetivos concretos –o sectoriales-, y, por lo tanto, sin la *capacidad* suficiente para hacer frente a éstos. Por ello, aunque tan amplio como el bien genérico al que me adhiero, considero preferible no hacer referencia a la “capacidad” por las confusiones a las que puede llevar el término. Por otro lado, otros autores, consideran que el bien jurídico en estos delitos es el “adecuado desarrollo de la actividad estatal”¹³⁸, pero considero que esta propuesta no dista de la posición mayoritaria, no considero existe una distancia interpretativa –sino, más bien, equivalencia- entre lo “adecuado” y lo “correcto”.

Sin embargo, lo manifestado acerca del bien jurídico genérico en los delitos con bien jurídico supraindividual, no exime de la exigencia de legitimar la intervención penal en la protección de un fin concretizado y que fundamente la sanción a la conducta tipificada penalmente. Como sostiene CASTRO CUENCA: “La consagración de un bien jurídico común a todos los delitos contra la administración pública no implica que una conducta que atenta contra este afecte a todos sus principios”¹³⁹.

Finalmente, siempre es importante recordar que la Administración Pública no se protege como un fin en sí mismo sino en tanto los fines que cumple. Ya lo sostuve inicialmente, a nivel

¹³⁷ Cfr. CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo: “Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Especial referencia a los delitos cometidos en la contratación pública”. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008.

¹³⁸ Cfr. PABÓN PARRA, P.: “Manual de derecho penal”. Bogotá, Doctrina y Ley, 2005. p. 1159.

¹³⁹ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo: Óp. cit. p. 110. Además, el autor clasifica las conductas atentatorias contra la Administración Pública en: conductas contra la objetividad (colocando como elemento central a la imparcialidad en el ejercicio de la función pública), conductas contra la legalidad (colocando la relevancia mayor en las conductas que violan reglamentos o normas referidas a procesos de licitaciones o contrataciones públicas) y conductas contra el principio de eficiencia (colocando aquí como protagonista a los casos de afectaciones al patrimonio público). En lo que a mí respecta, prefiero no adherirme a dicha propuesta de clasificación por ser –desde mi punto de vista- demasiado amplia.

macro o genérico, es su correcto funcionamiento el bien jurídico protegido por el ámbito penal – aunque, ciertamente, desde otras parcelas del derecho este fin también es buscado, la diferencia (aunque parezca ocioso recordarlo) se encuentra en los principios limitadores del *ius puniendi* penal: subsidiariedad o última ratio del derecho penal, por ejemplo-. Lo que se debe entender por “correcto funcionamiento”, se refleja también en lo que expresa CASTRO CUENCA: “Dentro de una postura amplia de bien jurídico, (...) podría identificarse con **el cumplimiento de las funciones del Estado para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, de acuerdo con los principios de legalidad, objetividad, coordinación, eficacia y servicio a los intereses generales**”¹⁴⁰.

En buena cuenta, el correcto funcionamiento de la administración pública, también es una expectativa del ciudadano por estar ésta al servicio del mismo. Por ello, la protección de la administración pública no sólo se realiza en la medida que ello asegure que una persona que “interaccione” fácticamente con ella –requiriendo de ésta algún servicio, por ejemplo- obtenga lo que solicita en una situación o relación particular concreta, sino en tanto presupuesto óptimo que debe mantenerse y asegurarse para todo miembro de la sociedad. Con esto último, hago referencia a casos de acceso a la justicia, a la información pública, al servicio de salud, etc., los cuales deben asegurarse al margen que el ciudadano lo solicite o no. No descarto, obviamente, que las personas en la generalidad de sus relaciones sociales se encuentren en permanente interacción con la administración pública –por ejemplo, en el caso de tráfico rodado, al estar sujetos a las normas de carácter vial, administrativo y penal: estamos sujetos al cumplimiento de normas que mantienen esa actividad riesgosa dentro de los márgenes permitidos-.

3.2. Bienes jurídicos específicos en los delitos contra la Administración Pública

Tomando como partida, lo sostenido por URQUIZO OLAECHEA –citado en líneas previas- respecto a esos “pequeños sistemas”¹⁴¹ en donde la administración despliega funciones concretas, no es difícil concluir que cada uno de estos puede ser merecedor de tutela penal y, por lo tanto, a partir de ello, cada tipo penal destinado a ese fin encuentre su autonomía en la protección de un bien jurídico específico. Según interpreto, el autor se refiere, con sus comentarios, a aquellos aspectos específicos en los que la administración pública despliega sus funciones y que, por sus especiales características, se encuentra regulada y protegida de acuerdo a los objetivos y necesidades de índole pública que tiene como función cumplir y garantizar. Partiendo de lo sostenido, probablemente sea más adecuado –para evitar confusiones- que el uso del término “sistema”, referirse a “sectores” –o “subsectores”- dentro de la administración pública por las siguientes razones: 1) Cuando se alude a un “sector”, se hace referencia a una parte de algo (de un todo)¹⁴²; no cabe duda, que cada sector dentro del aparato

¹⁴⁰ Ídem. p. 105.

¹⁴¹ Aunque el autor utiliza el término en su trabajo monográfico, no parte –desde la interpretación que aquí se realiza e, incluso, desde el sentido literal de sus palabras- de una perspectiva funcionalista-sistémica al realizar sus anotaciones sobre el tema en concreto tratado.

¹⁴² Así, en su significado lingüístico, la Real Academia Española (RAE) en: <http://lema.rae.es/drae/?val=sector> . Visitada el 18 de Febrero de 2014.

administrativo público no está aislado del otro sino que, por el contrario, existe –o debería existir- un nexo y coordinación permanente, aunque, claro está, sin negar la competencia exclusiva y la autonomía respecto a las funciones que vinculen al sector determinado; 2) Debemos recordar que los principios que rigen para la administración pública, además, rigen para todos los sectores que la misma comprende; por lo tanto, hablar de un “sistema” –o un “pequeño sistema”-, no sería el término más adecuado pues éste alude aquello regido por sus propios principios¹⁴³.

Más allá de los comentarios realizados previamente, en lo sustancial, concuerdo con el punto de partida de URQUIZO OLAECHEA: ese punto de partida nos recuerda que más allá del amplio y genérico bien jurídico protegido, existen aspectos específicos merecedores de tutela a través de tipos penales adecuados para ello –siempre, claro, que el hecho recaiga sobre los fueros del derecho sancionador penal y no solo el administrativo-. En esa línea también se pronuncia CARDENAL MONTRAVETA cuando hace mención a la existencia de un bien jurídico genérico –o común- en los delitos contra la administración pública: “Este bien jurídico común debe, sin embargo, concretarse en relación con los diversos delitos descritos en el título XIX CP, atendiendo a los aspectos del funcionamiento de la Administración Pública que pueden verse afectados por las conductas que aquí se describen y/o a la singularidad de la afectación del bien jurídico que tales conductas traen consigo”¹⁴⁴.

En términos generales, cada tipo penal protege de manera micro el correcto funcionamiento de la administración. En esta línea, FIDEL ROJAS sostiene: “(...) a la vez que se está afectando en sentido general a la administración pública, se lesiona o pone en peligro un valor o interés específico, por ejemplo, el patrimonio público en los delitos de peculado y malversación o la dignidad de la función y del funcionario en el desacato, o el principio de imparcialidad y probidad en los delitos de corrupción. Entonces estamos hablando del objeto específico de la tutela penal, o bien jurídico específico”¹⁴⁵. Si bien el autor FIDEL ROJAS también se pronuncia acerca de la existencia de un bien jurídico específico, no concuerdo necesariamente con la posición del autor respecto a su posición respecto a cuáles sería los intereses concretos tutelados como bienes jurídicos, por los diversos tipos penales en los delitos de corrupción. Así, por ejemplo, sostener que un bien jurídico –específico o incluso genérico- es la “dignidad de la función” obedece a criterios cargados de subjetivismo y amplitud extrema; que, además, de una incorrecta interpretación (si es que cabe alguna que pueda salvarlo de críticas), pueden llevar a avalar la penalización de conductas que no atienden ni a la protección del bien genérico aquí analizado ni –sobretudo- al concepto de bien jurídico aquí adoptado.

¹⁴³ Nuevamente, y en su significado lingüístico, la RAE: <http://lema.rae.es/drae/?val=sistema> . Visitada el 18 de febrero de 2014.

¹⁴⁴ CARDENAL MONTRAVETA, Sergi: “*Los delitos de funcionarios y la política criminal de la ‘sociedad de riesgo’*”. Barcelona, RCSP 13/2013. p. 68. Link en web: www.raco.cat/index.php/RCSP/article/download/133122/183101 (Visitada el 24 de febrero de 2014). Además, agrega más adelante, lo siguiente: “*Esta referencia a la Administración como institución y a su correcto funcionamiento sólo puede precisarse más acudiendo al contenido de la regulación general y sectorial de la actuación de aquélla en la que se plasman y se concretan aquellos criterios generales*” (p. 71)

¹⁴⁵ ROJAS VARGAS, Fidel: Óp.cit. p. 19.

Por su parte, SALINAS SICCHA también pone de relieve la importancia de considerar en estos delitos la existencia de un bien jurídico específico:

Lo expresado es el bien jurídico protegido general que se pretende proteger con cualquier de las conductas delictivas recogidas en el catálogo penal. No obstante, cada una de las conductas delictivas reguladas en el Código Penal, pretenden proteger un bien jurídico más específico. (...) De ahí que con Rojas Vargas argumentemos que la singular disgregación en objetos específicos con vinculación institucional de protección penal le confiere a la administración pública, en tanto bien jurídico-penal, su carácter supraindividual o difuso. De modo que cuando se señale el bien jurídico genérico 'correcto funcionamiento de la administración pública' se tenga que precisar, acto seguido, el objeto específico de tutela lesionado o puesto en peligro con el comportamiento específico del sujeto público¹⁴⁶.

En concordancia con lo anteriormente citado, por ejemplo en el caso del tipo penal de cohecho pasivo¹⁴⁷, se sostiene en la doctrina en general que el bien jurídico protegido es la "imparcialidad en el ejercicio de la función". Sin embargo, acaso podría determinarse primero si se trata de la imparcialidad entendida genéricamente¹⁴⁸, o de una imparcialidad en sentido específico, es decir, entendida como la vulneración de "la neutralidad y objetividad en el tratamiento de los asuntos sometidos a su conocimiento o en los que intervengan en despliegue de sus roles especiales"¹⁴⁹. Si se tratase del primer caso, no estaríamos especificando nada ni diferenciando el ámbito concreto del fin protegido por el tipo, pues tal como manifiesta URQUIZO OLAECHEA en el caso de la administración pública: "(...) lo que predominan son los intereses generales vinculados estrechamente a criterios de objetividad, imparcialidad y eficacia"¹⁵⁰. Es decir, es común a todo el ámbito de la administración pública la exigencia a los funcionarios públicos de esa imparcialidad en beneficio de intereses generales, pero en el caso concreto del delito de cohecho, también se configura la tutela específica la imparcialidad en un sentido más específico respecto de las competencias concretas asignadas al funcionario público sujeto activo de ese delito. En otras palabras, en el caso del ejemplo del cohecho, de entre todos los principios que se puedan ver afectados con la conducta –por ejemplo, el principio de probidad-, su tipificación está orientada no vulnerar el imperativo respeto por uno de ellos de manera preponderante.

¹⁴⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro: Óp. cit. p. 6.

¹⁴⁷ El Código Penal peruano en el artículo 393° tipifica el llamado cohecho pasivo propio –una de las formas de cohecho que nuestro ordenamiento penal sanciona–:

"Artículo 393°.- EL funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, (...). El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas,(...). El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, (...)"

¹⁴⁸ En tal sentido, la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas puede ser entendida de manera general. Es decir, desde el punto de vista de una función que no busca intereses personales ni privados con su ejercicio, sino que busca cumplir con lo fines asignados para el cumplimiento de prestaciones que benefician a la generalidad de los ciudadanos.

¹⁴⁹ ROJAS VARGAS, Fidel: Óp. cit. p. 647.

¹⁵⁰ URQUIZO OLAECHEA, José: Loc. Cit.

Otro ejemplo más claro sobre el tema tratado en este apartado sería el caso del delito de peculado como delito que genéricamente afecta el correcto funcionamiento de la administración pública pero que en concreto afecta un bien jurídico específico: los intereses patrimoniales del Estado¹⁵¹. Si bien para algunos, el bien jurídico específico en el delito de peculado es el patrimonio del Estado, otros –postura que, por cierto, comparto- tienen una perspectiva más amplia y sostienen que son los intereses patrimoniales en general, el aspecto protegido por la norma penal¹⁵². Esto es, no se reduciría sólo al patrimonio del Estado –que, por obvias razones, es de interés del Estado proteger-, sino, en general, los intereses patrimoniales que se encuentran bajo la gestión de la Administración Pública.

Por su parte, VÁSQUEZ-PORTOMEÑE realiza algunos comentarios acerca de las teorías que consideran los delitos contra la administración pública como delitos de naturaleza pluriofensiva. A decir del autor, esta técnica “choca con el concepto legal de buena parte de las figuras del grupo, que a lo sumo podría acomodarse a un esquema teórico de pluriofensividad ‘institucional’, al propio tiempo que deja sin respuesta el problema de la concreción del propio bien supraindividual”¹⁵³. Al respecto, es importante recordar que, en efecto, cada tipo penal que contiene los delitos contra la administración pública a su vez lesionan dimensiones comunes de la administración pública –por ejemplo, la vulneración del correcto ejercicio de la función pública o de la probidad en el ejercicio de la función pública-, sin embargo, el fundamento de cada tipo penal depende de que con éste, además, se proteja una dimensión concreta. Es posible, entonces, que existan coincidencias “genéricas” y que, como dice el autor citado, teóricamente se consideren lesionados distintos aspectos del correcto funcionamiento de la administración pública, sin embargo, la concretización específica del bien jurídico protegido es necesaria. Lo sostenido, es coherente con los comentarios que ya he realizado previamente sobre la relación bien jurídico genérico/bien jurídico específico. VÁSQUEZ-PORTOMEÑE agrega lo siguiente a su crítica:

Cada uno de los perfiles de extralimitación que dibujan los tipos viene a representar un vicio o coeficiente de parcialidad, de ilegalidad, de ineficacia, que justifican las exigencias de tutela jurídico-penal pero a los que debe otorgárseles relevancia hermenéutica sólo en vía inductiva y mediata, es decir, tomando como referencia la ‘perversión’ que son idóneos para producir en el procedimiento en que, caso por caso, se enmarca la actividad delictiva del funcionario. La trascendencia o significado de esa ‘perversión’ nos dará la clave para catalogar adecuadamente las distintas situaciones que integran los tipos legales¹⁵⁴

¹⁵¹ El artículo 387° del Código Penal peruano tipifica la conducta de peculado. En su tipo base, el tipo penal sanciona lo siguiente: “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (...)”.

¹⁵² Así, por ejemplo, el caso de bienes embargados en el marco de un proceso penal contra cualquier particular y que deben ser custodiados hasta que haya resolución que determine su devolución de pleno derecho o su ejecución por decisión judicial. Por su parte, para la Corte Suprema (en Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116), el bien jurídico específico tutelado en el delito de peculado son los intereses patrimoniales y la evitación del abuso de poder del funcionario público, por lo que lo considera un delito pluriofensivo.

¹⁵³ VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando: “Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general”. Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2003. p. 388.

¹⁵⁴ Ídem. p. 392.

Desde la perspectiva citada –algo densa en su lectura, por cierto-, pueden existir puntos genéricos –de allí que se consideren así - en común afectados, pero cada tipo penal representa la vulneración a una dimensión concreta y preponderantemente protegida; que, además, se encuentra estrechamente vinculada a las distintas competencias que los funcionarios públicos o garantes de la administración pública tienen en su haber. La construcción de los tipos penales no solo no obvian la consideración de la especialidad, competencias, institucionalidad, principios como la separación de poderes, el aspecto multisectorial y diversificado propio de los campos de actuación de la administración; sino que, además de ello, fundamenta la tipificación de estos delitos en clave de delitos de infracción del deber –siempre que no se entienda con ello, solo una consideración formal aislada de su significado material-.

Sostener que los delitos contra la administración pública son pluriofensivos sería asumir que, por ejemplo, en el caso del delito de peculado, se protegen **concretamente** – o de manera específica- varios bienes jurídicos y en un mismo nivel de intensidad –y, lo mismo se diría del enriquecimiento ilícito y de los demás delitos comprendidos en este rubro-. Es importante acotar que, justamente, para superar la crítica sobre la excesiva abstracción de los bienes jurídicos supraindividuales –y también, las dificultades (superables) que puedan existir en torno a la recurrencia a los tipos en clave de peligro abstracto frente al principio de lesividad-, es preciso orientar la respuesta penal hacia un concreto espacio protegido.

Más allá de ello, no es extraño presenciar debates, leer doctrina especializada o incluso jurisprudencia acerca de las distintas posiciones en torno a cuál es el bien jurídico concreto que se protege con determinado delito que tiene a nivel macro un bien jurídico genérico. Por lo tanto, no significa que aquí se reste la importancia del bien jurídico genérico, sino que, por la naturaleza de la institución –administración pública- compleja y sumamente amplia en cuanto a su marco de actuación, su lesión –si acaso ello pueda demostrarse fehacientemente- o puesta en peligro es un reflejo de lo que concretamente se ha lesionado con determinado tipo penal.

Finalmente, y como más adelante se comentará más ampliamente, la determinación –por ejemplo, en el caso del enriquecimiento ilícito- del bien jurídico específico fundamenta su consideración como un tipo penal autónomo. La descripción en el enriquecimiento ilícito de una acción típica que lesiona un concreto bien específico, evita la confusión –ciertamente acaecida en el caso del delito materia de este trabajo- derivada de su consideración como lesivo de un bien(es) jurídico(s) genérico y común a todas o varias de las figuras penales contra la administración pública –justamente, esa es la difusa base de la que parten los partidarios del enriquecimiento ilícito como un delito subsidiario-¹⁵⁵.

¹⁵⁵ No obstante lo manifestado, se debe reconocer un tratamiento algo diferenciado en doctrina respecto de otros delitos como el peculado o el delito de cohecho –entre otros- (no así en el caso del delito de abuso de autoridad). En éstos, si bien no se hace extensiva la fundamentación por parte de los doctrinarios, para todos los delitos comprendidos en el título correspondiente, acerca de la necesidad de distinguir los bienes jurídicos específicos en estos delitos con bien jurídico supraindividual; queda claro que la identificación de aquellos se hace evidente: así la doctrina y la jurisprudencia no le adjudica al peculado o el cohecho, la consideración de ser subsidiarios.

II. El delito de enriquecimiento ilícito en el Perú.

Si bien actualmente se cuenta con más jurisprudencia pronunciándose al respecto¹⁵⁶, en la mayoría de casos, desde que el tipo penal se encuentra vigente, se ha hecho referencia poco precisa en doctrina –por lo menos desde mi punto de vista- al bien jurídico específicamente protegido. En lo que aquí interesa, realizaré un breve repaso de las consideraciones de la doctrina nacional el respecto. He procurado diferenciar entre la doctrina comparada –más concreto en el caso de Argentina y Colombia- y la nacional con el objeto de establecer diferencias respecto a algunos elementos contenidos en sus tipos penales (por ejemplo, el caso de la “subsidiariedad” expresa en el caso colombiano) que no están contenidos en el nuestro y que me han invitado a realizar, en acápite independiente, algunos comentarios. Precisamente, la motivación de este trabajo ha sido, justamente, el haber encontrado –en casi la totalidad de los casos- reparos respecto a las posiciones de autores nacionales sobre el tema.

Así, respecto del bien jurídico protegido en el enriquecimiento ilícito, FIDEL ROJAS sostiene lo siguiente: “El artículo 401° del Código Penal busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídico-penalmente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la nación. No es el patrimonio el punto de partida en punto de atención de la norma penal”¹⁵⁷. Por su parte, para SALINAS SICCHA el bien jurídico específico protegido en este delito es “el normal y correcto ejercicio de las funciones de los cargos y empleos públicos”¹⁵⁸. En una línea distinta a las anteriores, FRISANCHO APARICIO y PEÑA CABRERA sostienen, lo siguiente: “(...) el legislador ha puesto de relieve el principio de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la Administración Pública como objeto de tutela específico en este ilícito penal”¹⁵⁹. A ninguna de las posturas hasta acá citadas me adhiero por considerarlas poco precisas respecto de la especificidad que requiere la delimitación del bien jurídico en el enriquecimiento ilícito. En principio, si bien es cierto que podría considerarse que en el enriquecimiento ilícito se tutela el correcto ejercicio de la función pública, aún carece de especificidad al tratarse de un interés que también se protege con todos los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. En otras palabras: a pesar de ser más concreto que el bien jurídico genérico –al enfocarse en el sujeto público como sujeto activo- no se especifica aún nada respecto a la conducta concreta sancionada con el incremento patrimonial ilícito que sanciona el 401° C.P. Por lo tanto, considero poco precisa la consideración realizada tanto por FIDEL ROJAS como por SALINAS SICCHA. En cuanto al principio de imparcialidad como el bien jurídico protegido con este delito, posición propuesta por FRISANCHO y PEÑA CABRERA, considero que es uno de los principios que rigen *toda* la actividad pública y que, en todo caso, puede considerarse la *imparcialidad en el ejercicio de la función pública* como un bien jurídico específico en el caso del delito de cohecho tal como anteriormente he comentado.

¹⁵⁶ Sobre los pronunciamientos jurisprudenciales acerca del bien jurídico en el enriquecimiento ilícito, haré referencia en un apartado posterior.

¹⁵⁷ ROJAS VARGAS, Fidel: Óp. cit. p. 854.

¹⁵⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro: Óp. cit. p. 614.

¹⁵⁹ FRISANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA CABRERA, A. Raúl: Óp. cit. p. 354.

Sin alejarse mucho de las consideraciones propuestas por los autores citados, GÁLVEZ VILLEGAS considera que el bien jurídico protegido es “la funcionalidad, el prestigio, dignidad y confianza de la función pública; la que comprende a su vez, a la actuación de los agentes que la integran”¹⁶⁰. Este autor, que niega la naturaleza subsidiaria del enriquecimiento ilícito –extremo de su postura que comparto-, además critica –de manera pertinente- que algunos autores consideren que el bien jurídico específico sea la “moral pública”¹⁶¹ al contradecir, dicha consideración, la negación –aquí también expresada- de la moral como bien jurídico. Sin embargo, su posición cae en el mismo problema que apuntara en el párrafo precedente pues, además, hace referencia a la “dignidad de la función pública” lo cual considero cargado de mucha subjetividad y de contornos mucho más difusos que el bien jurídico genérico. El autor no lo desarrolla y por ello habría que preguntarse dentro de su concepción ¿en qué consiste la *dignidad* de la función pública? En todo caso, me alejo de su posición –tal cual está planteada en su trabajo monográfico- de manera incluso más extrema que respecto de las posturas de FIDEL ROJAS o SALINAS SICCHA.

También para HUGO ÁLVAREZ, quien ha realizado también un trabajo monográfico sobre el delito en análisis, el bien jurídico específico es el “normal y correcto ejercicio de las funciones públicas por parte de los funcionarios y servidores públicos”¹⁶². Si bien el autor también pone en relieve que en los delitos contra la administración pública existe tanto un bien jurídico genérico como bienes jurídicos específicos tutelados por cada tipo penal, cae en la misma concepción genérica que el resto de autores ya citados.

Por su parte, ABANTO VÁSQUEZ, al referirse al bien jurídico –aunque, en estricto, hace alusión al “objeto” del bien jurídico- sostiene lo siguiente: “Es difícil encontrar aquí un OBJETO del bien jurídico concretamente protegido. En todo caso, hay un peligro abstracto en relación con todos los demás ‘objetos’ protegidos por los demás tipos penales: la ‘imparcialidad del funcionario’, el ‘patrimonio de la administración’, el ‘carácter público de la función pública’, etc.”¹⁶³. Al respecto, al margen de manifestar que la posición citada no obedece a mi postura, además, creo importante recordar que una cosa es el recurso a la técnica del peligro abstracto –sobre la que realice algunos comentarios en el capítulo anterior- y otra distinta es que, en base a la aplicación de esa técnica se reconduzca el interés particularmente protegido a la protección del bien jurídico genérico. En todo caso, considero incorrecto sostener de manera tan general que cualquiera de los intereses manifestados por el autor pueda ser el bien jurídico específico en el delito de enriquecimiento ilícito –sin ir más lejos, el “carácter público” de la función pública no puede ser algo que se lesione o ponga en peligro, sino, en todo caso, es lo que fundamenta la relevancia institucional de su posición frente a la sociedad como sujeto cualificado para llevar a

¹⁶⁰ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás: “El delito de Enriquecimiento Ilícito”, Lima, IDEMSA, 2001, p. 115.

¹⁶¹ Cfr. Ídem. pp. 113 -114.

¹⁶² HUGO ÁLVAREZ, Jorge B.: “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos”. Lima, Gaceta Jurídica, 2007. p. 237.

¹⁶³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: “Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano”. Lima, Palestra, 2003. p. 541.

cabo los fines que la administración pública tiene-. En la misma perspectiva genérica caen PEÑA CABRERA y FRANCIA ARIAS cuando sostienen acerca del tema, lo siguiente: “(...) el bien jurídico tutelado es el deber de fidelidad y honestidad de los funcionarios públicos con la administración pública, y vinculado a ellos, se protegen otros valores, como el prestigio, decoro, deber del cargo, disciplina, con las que se identifica la Administración Pública”¹⁶⁴.

Finalmente, y en línea particular que, ciertamente comparto en gran parte, YVÁN MONTOYA sostiene respecto del enriquecimiento ilícito –entre otras varias consideraciones sobre el tipo penal- que el bien jurídico protegido “está constituido por los principios de probidad, transparencia y veracidad en el ejercicio de la función pública”¹⁶⁵. MONTOYA coloca el acento a los principios que rigen el ejercicio de la función pública así como en los principios rectores de la administración pública, sin embargo, al ser principios que vinculan a todo funcionario público en el marco del cargo institucional que ejercen, considero importantes algunas precisiones a las que me avocaré más adelante en apartado pertinente.

A continuación, considero oportuno dedicar unas líneas al delito desde sus antecedentes hasta las precisiones concretas que fundamentan la posición personal respecto del bien jurídico específicamente protegido con el enriquecimiento ilícito.

1. Antecedentes normativos del tipo en nuestro ordenamiento. Breve referencia a la norma Constitucional.

Según algunos autores¹⁶⁶, antes de su inclusión como tipo penal en el año 1981, la Constitución Política de 1979 ya sugería la tipificación del enriquecimiento ilícito. En tal sentido, se ha llegado a sostener que el artículo en mención – que se reproduce de manera bastante similar en el vigente artículo 41° de la Constitución de 1993- contemplaba ya el delito de enriquecimiento ilícito. Así, el artículo 62° de la Constitución de 1979 establecía lo siguiente:

Los funcionarios y servidores públicos que determina la ley o que administren o manejen fondos del Estado o de organismos sostenidos por él, deben hacer declaración jurada de sus bienes y rentas al tomar posesión y al cesar en sus cargos, y periódicamente durante el ejercicio de estos. El Fiscal de la Nación, por denuncia de cualquier persona o de oficio, formula cargos ante el poder judicial cuando se presume por enriquecimiento ilícito. La ley regula la responsabilidad de los funcionarios a los que se refiere este artículo¹⁶⁷.

¹⁶⁴ PEÑA CABRERA, Raúl y FRANCIA ARIAS, Luis: “Delito de Enriquecimiento Ilícito”. Lima, Ediciones Jurídicas, 1993. p. 22.

¹⁶⁵ MONTOYA VIVANCO, Yván: “El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión”. /En: “Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú”/ Lima, IDEHPUCP, 2012. p. 63.

¹⁶⁶ Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás: Óp. cit. p. 86.

¹⁶⁷ Por su parte, el artículo 41° de la vigente Constitución Política de 1993, establece: “Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o maneja fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley. Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial. La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública. El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”

En mi opinión, si bien es cierto el citado precepto contempla uno de los principios que rige la función pública –principio de transparencia–, no por ello podemos considerar que la Constitución de 1979 ya contemplaba el enriquecimiento como delito¹⁶⁸. Primero que nada, el Decreto Legislativo que incorpora al enriquecimiento ilícito al Código Penal es posterior a la entrada en vigencia que la Constitución de 1979 por lo que al sostener –como se hace en el actual Constitución en el artículo 41°– que el Fiscal de la Nación puede “formular cargos” cuando se presume “enriquecimiento ilícito”, solo puede interpretarse que, ante el desbalance patrimonial favoreciendo al funcionario, el Fiscal puede realizar una investigación para determinar el origen de ese enriquecimiento o la posible comisión de algún ilícito como su fuente. Es decir, y sobre todo, mientras no existía el tipo penal de enriquecimiento ilícito no podía ni procesarse y menos sancionarse por este delito –las razones son más que obvias, pero para ser lo más clara posible: no se puede sancionar por un delito que al momento de cometidos los hechos no se encuentre tipificado en el Código Penal (principio de legalidad)–. Entonces, ¿a qué casos se podría estar refiriendo la Constitución de 1979 en ese artículo? Pues a cualquier delito que, en su calidad de tal, el funcionario público haya cometido. Es decir, para el constituyente de 1979 la presunción sobre el origen ilícito del incremento patrimonial del funcionario justifica la investigación de éste en aras a determinar la responsabilidad que corresponda según las leyes vigentes. Ni aún con la plasmación casi total del precepto constitucional en comentario –ni con la tipificación en 1981 del delito de enriquecimiento ilícito– en el artículo 41° de la Constitución vigente debe circunscribirse la investigación recomendada en el segundo párrafo del precepto constitucional en comentario –ni el del actual– al tipo penal del enriquecimiento, sino más bien, interpretar de ello que se hace referencia a cualquier delito que en aprovechamiento del cargo se pueda haber cometido. En todo caso, no cabe duda que la preocupación del legislador sí se encontraba enfocada en sancionar el aprovechamiento para hacerse de un patrimonio no concordante con los ingresos que, como tal, le corresponde percibir –se trate o no de la comisión de un delito de enriquecimiento ilícito (actualmente ya tipificado en el artículo 401° del C.P.) o de cualquier otro–. Ciertamente, es una disposición que expresa un mandato de criminalización de estas conductas. Sin embargo, repito, no podemos considerar que el legislador constituyente haya pensado, solo y en específico, en el enriquecimiento ilícito exclusivamente.

Por otra parte, la doctrina que ha trabajado el tema es casi unánime en reconocer como antecedentes inmediatos en legislación comparada a las normas sobre enriquecimiento ilícito en Argentina y Colombia. Probablemente ese sea el motivo por el que en los textos nacionales, a pesar de ser una figura también tipificada en otros países de Latinoamérica, se realiza el

¹⁶⁸ Me encuentro también discrepante, por lo tanto, con lo sostenido por CARO CORIA en las siguientes líneas: “*Existe consenso en torno a que la primera manifestación normativa en el Perú que sugería la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito era el art. 22 de la Constitución de 1933, ubicado en el Título II de ‘Garantías constitucionales’, en el Capítulo I dedicado a las ‘Garantías nacionales y sociales’. Esta norma revelaba, a juicio de Luis Muñoz ‘la preocupación de rodear de prestigio y autoridad el ejercicio de la actividad del Estado’, ya que ‘a través de la declaración jurada que se exige es posible determinar si hubo o no enriquecimiento ilegítimo y por ende sancionable. La Constitución de 1979 reguló el problema del enriquecimiento ilícito con mayor especificidad (...)*”. Cfr. CARO CORIA, Carlos: “El delito de enriquecimiento ilícito” / En: SAN MARTÍN CASTRO, César; CARO CORIA, Carlos; REAÑO PESCHIERA, José: “*Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*” / Lima, Jurista Editores, 2002.

estudio del delito de enriquecimiento ilícito apoyándose en la doctrina de estos dos países. El siguiente apartado está dedicado a realizar un breve repaso por la legislación comparada y, en especial, respecto del caso argentino y colombiano. Si bien, se tratará de un apartado preponderantemente descriptivo de cómo se ha tipificado en otros países dicho delito, ello puede servirnos para percatarnos, a través de la forma cómo está descrita en algunas legislaciones la acción típica –o los supuestos que la componen- del delito. En algunos casos, la consideración de cuál sería el bien jurídico específico protegido podría ser distinto o incluir otros intereses que no se buscan proteger **en concreto** con nuestro tipo penal del 401° C.P. En otros, resulta interesante conocer como la legitimidad del delito podría ser cuestionada según el modo expreso en que ha sido tipificada la conducta pues ésta es el reflejo que cómo y en qué medida se protege determinado bien jurídico y si dicho bien jurídico puede ser concretizado y/o es merecedor de tutela penal.

2. La tipificación del enriquecimiento ilícito en la legislación comparada

Al margen que el presente estudio se encuentre dedicado al análisis de la figura del enriquecimiento ilícito en el ordenamiento peruano, considero interesante repasar cómo ha sido tipificado este mismo delito en otros países. Los comentarios más amplios están dedicados al caso de Argentina y Colombia –considerados, como lo he comentado, como los referentes más inmediatos a nuestro tipo penal peruano-.

2.1 Panamá

En la legislación de Panamá, el Código Penal regula el enriquecimiento ilícito en el artículo 351°. En tal sentido, el Texto Único del Código Penal de Panamá adoptado por Ley N° 14 de 2007, establece en el citado precepto lo siguiente:

El servidor público que, personalmente o por persona interpuesta, incrementa indebidamente su patrimonio respecto a los ingresos legítimos obtenidos durante el ejercicio de su cargo y hasta cinco años después de haber cesado en el cargo, y cuya procedencia lícita no pueda justificar será sancionado con pena de prisión de tres a seis años. La pena será de seis a doce años de prisión si lo injustificadamente obtenido supera la suma de cien mil balboas (B/. 100,000.00). La misma sanción se aplicará a la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado. Para efectos de esta disposición, se entenderá que hay enriquecimiento ilícito injustificado, no solo cuando el patrimonio se hubiera aumentado con dinero, cosas o bienes, respecto a sus ingresos legítimos, sino también cuando se hubieran cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

Como se puede apreciar del tipo penal panameño, a diferencia de nuestro caso peruano, tipifica el enriquecimiento obtenido hasta los cinco años posteriores al ejercicio del cargo así como una sanción penal más agravada cuando el monto patrimonial incrementado tenga un valor superior a determinado monto. A modo general: me llama particularmente la atención la consideración de los cinco años adicionales al ejercicio en el cargo. Si se trata de un delito contra la administración pública, ¿cómo se anexa el incremento patrimonial al ejercicio de un cargo que ya no se ejerce o no se tiene? O, en otras palabras, ¿cómo se afecta a la administración pública

cuando ya no se está vinculado a ella? Probablemente, razones de política criminal justifican la disposición en comentario. No es extraño pensar que un funcionario público incremente su patrimonio de fuentes ilícitas con posterioridad al ejercicio en el cargo para evadir la aplicación de tipos penales que exigen para la imputación una relación temporal respecto al ejercicio de sus funciones. Más allá de las críticas de las que pueda ser objeto esta disposición y de los inconvenientes probatorios, es evidente que el legislador de Panamá ha pensado en el supuesto mencionado previamente. Si bien político-criminalmente pueda resultar conveniente incluir dicho supuesto a nuestra normativa penal, habría que tomar en consideración un importante detalle respecto de este delito: la vinculatoriedad del funcionario público a la disposición legal que lo obliga a rendir cuentas de su patrimonio mientras tenga la condición de funcionario público.

2.2 Costa Rica

Por su parte, el Código Penal de Costa Rica, sanciona el enriquecimiento ilícito en el artículo 346° -por cierto, con algunas modificaciones realizadas por la Ley N° 8422 de octubre 2009 / Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública -. El texto vigente señala:

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en delito más severamente penado: 1) acepte una dádiva cualquiera o la promesa de una dádiva para hacer valer la influencia derivada de su cargo, ante otro funcionario, para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones; 2) utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento por razón de su cargo; 3) admitiere dádivas que le fueren presentadas y ofrecidas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el cargo.

Cabe recalcar que, en el caso de Costa Rica, la Ley N° 8422 de 2009 contiene una serie de disposiciones entre las cuales se encuentra el artículo 3° sobre el deber de probidad del funcionario público, el artículo 20° sobre el régimen de donaciones¹⁶⁹ y el artículo 21° sobre la obligación de presentación de declaraciones juradas por parte de los funcionarios públicos. Lo que primero se puede decir de una breve comparación con el tipo penal peruano del 401° es el marco de la pena impuesta que es bastante menor a la que en Perú se impone. Lo segundo y probablemente lo que más llama la atención es que la citada Ley en realidad parece tipificar comportamientos que se asemejan al delito de tráfico de influencias o de cohecho así como de violación de deberes de confidencialidad a cambio de contraprestación. Lo que se sanciona es, pues, la efectiva recepción de las contraprestaciones ofrecidas en los delitos mencionados lo cual formaría parte de la fase de agotamiento de estos. Más allá de ello, cabe resaltar que, así como en el caso colombiano, la legislación de Costa Rica establece la llamada subsidiariedad del enriquecimiento ilícito cuando en el citado precepto establece la aplicación de ésta cuando

¹⁶⁹ El artículo 20° de la citada Ley, establece: “Los obsequios recibidos por un funcionario público como gesto de cortesía o costumbre diplomática, serán considerados bienes propiedad de la Nación, cuando su valor sea superior a una salario base, (...). De la aplicación de esta norma se exceptúan las condecoraciones y los premios de carácter honorífico, cultural y académico o científico”.

expresa: “(...) sin incurrir en delito más severamente penado”. Ello, sumado a las conductas que la legislación de Costa Rica ha considerado como “enriquecimiento ilícito” la aleja comparativamente de nuestra legislación sobre la materia y la hace objeto de varios cuestionamientos que, ciertamente, serían abundantes de desarrollar acá.

2.3 Venezuela

En el caso de Venezuela, la Ley contra la Corrupción del 7 de abril de 2003, tipifica el enriquecimiento ilícito en el artículo 46°, en los siguientes términos:

Incorre en enriquecimiento ilícito el funcionario público que hubiere obtenido en el ejercicio de sus funciones un incremento patrimonial desproporcionado con relación a sus ingresos, que no pudiere justificar requerido y que no constituya otro delito. Para la determinación del enriquecimiento ilícito de las personas sometidas a esta Ley, se tomará en cuenta: 1. La situación patrimonial del investigado. 2. La cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios. 3. La ejecución de los actos que revelen la falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación causal con el enriquecimiento ilícito. 4. Las ventajas obtenidas por la ejecución de contratos con alguno de los entes indicados en el artículo 4 de esta Ley.

Este precepto debe ser interpretado junto con el artículo 73° de la misma Ley que establece la sanción penal correspondiente a este tipo penal: “El funcionario público que hubiere obtenido en el ejercicio de sus funciones un incremento patrimonial desproporcionado con relación a sus ingresos, que no pudiere justificar, y que haya sido requerido debidamente para ello y que no constituya otro delito, será sancionado con prisión de tres (3) a diez (10) años. Con la misma pena será sancionada la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado”. Si bien tipificado en una Ley especial, el caso venezolano no parece alejarse demasiado de nuestro tipo penal de enriquecimiento ilícito –incluso, el límite máximo de la pena es el mismo en nuestro tipo básico–; aunque, claro, puede apreciarse que hace mención al supuesto carácter subsidiario que debe tener este delito al considerar que se aplicará la disposición mientras el hecho no constituya otro delito.

2.4 México

Por su parte, en el Código Penal Federal de México, el enriquecimiento ilícito está tipificado en el artículo 224°:

Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Incurre en responsabilidad penal, asimismo, quien haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiera o haya adquirido en contravención de lo dispuesto en la misma Ley, a sabiendas de esta circunstancia. Al que cometa el delito de enriquecimiento ilícito se le impondrán las siguientes sanciones: Decomiso en beneficio del Estado de aquellos bienes cuya procedencia no se logre acreditar de acuerdo con

la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de dos años a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

El marco legal de la pena a imponerse es mucho menor que en nuestro caso, salvo el caso de la agravante –en nuestro caso, la agravante no está en relación con el monto del incremento sino con la posición especial que ocupan determinados funcionarios públicos- que contempla una pena máxima de catorce años aunque, claro, el mínimo legal es bastante menor que en nuestro caso. Además, la legislación penal federal mexicana ha establecido la sanción de multa para este tipo penal –no solo la inhabilitación- que en el caso peruano no se imponía para este delito hasta las modificaciones producidas recientemente¹⁷⁰

2.5 Puerto Rico

En la legislación penal de Puerto Rico se contemplan dos figuras penales que sancionan el enriquecimiento del funcionario público. Así, el artículo 250° de su Código Penal tipifica lo que se denomina “enriquecimiento ilícito” y en el artículo 251° el denominado “enriquecimiento injustificado”:

Artículo 250°.- Todo funcionario o empleado público, ex-funcionario o ex-empleado público que, para beneficio personal o de un tercero, utilice información o datos que sólo haya podido conocer por razón del ejercicio de su cargo, empleo o encomienda, será sancionado con pena de reclusión por un término fijo de tres (3) años. Si la persona obtiene perseguido, será sancionado con pena de reclusión por un término fijo de ocho (8) años. El Tribunal también podrá imponer la pena de restitución”.

Artículo 251°.- Todo funcionario o empleado público, ex-funcionario o ex-empleado público que injustificadamente haya enriquecido su patrimonio o el de un tercero, cuando tal enriquecimiento haya ocurrido con posterioridad a la asunción del cargo, empleo o encomienda y hasta cinco (5) años de haber concluido su desempeño, será sancionado con pena de reclusión por un término fijo de ocho (8) años. Se entiende que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se haya incrementado en bienes, sino también cuando se hayan cancelado o extinguido obligaciones que lo afectaban. El tercero beneficiado también incurrirá en este delito.

En primer lugar, no cabe duda que la segunda de las disposiciones citadas es la que se asemeja al tipo penal peruano. El primer caso, es similar al de otras legislaciones que consideran

¹⁷⁰ Gracias a la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013, el delito de enriquecimiento ilícito –así como los demás delitos de corrupción-, ahora también se sanciona con pena de multa.

a la violación de información confidencial como delito de enriquecimiento ilícito. Por otro lado, en el caso de ambas disposiciones –en similar dirección que en el caso panameño- se hace alusión a un ex-funcionario público como sujeto activo así como la posibilidad de sancionar por este delito cuando el incremento se haya producido luego de haber cesado en el ejercicio del cargo; sin embargo, no establece el tipo penal un límite temporal al respecto. De lo que se aprecia, lo que esta legislación contempla o denomina enriquecimiento injustificado es lo que en nuestro caso se ha tipificado como enriquecimiento ilícito. En consecuencia, en el caso de Puerto Rico, el enriquecimiento ilícito describe la conducta de revelar información obtenida por razón del cargo -que se entiende confidencial o, en todo caso, de reserva-. Al margen del *nomen*, el comportamiento descrito en el artículo 251° de esta Ley es el que se asemeja a la tipificada en nuestro 401° C.P. –salvo, claro algunas diferencias ya anotadas-.

2.6 Ecuador

Por su parte, en Ecuador, una Ley especial incorporó el delito de enriquecimiento ilícito. La Ley N° 6 publicada en el Registro Oficial Suplemento 260 del 29 de agosto de 1985 y su modificatoria por Ley N° 47 publicada en el Registro Oficial 422 del 28 de setiembre de 2001, sancionando el enriquecimiento ilícito en los siguientes términos: “Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de sus cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos. El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de dos a cinco años de prisión y restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito”. Con una sanción de pena privativa de libertad considerablemente menos a nuestro caso peruano, el legislador colombiano a tipificado la conducta de una manera más escueta –pues no contiene, por ejemplo, la agravante que contiene nuestro tipo penal ni la denominada “regla indiciaria”. Por otro lado, sí contempla la obligación de restituir el monto “sobrante” materia de la condena por este delito. No entendemos que ello se refiera a la reparación civil que en su caso corresponda, sino más bien, parece tener la naturaleza de una multa –aunque textualmente no se exprese así-.

2.7 Paraguay

Paraguay sanciona el enriquecimiento ilícito a través de la Ley N° 2.523/04. Así, el artículo 3° de la citada norma expresa:

Artículo 3°.- Enriquecimiento ilícito 1) Comete el hecho punible de enriquecimiento ilícito y será sancionado con pena privativa de libertad de uno a diez años, el funcionario público comprendido en cualquiera de las situaciones previstas en el Artículo 2°, quien con posterioridad al inicio de su función, incurra en cualquiera de las situaciones:

- a. Haya obtenido la propiedad, la posesión, o el usufructo de bienes, derechos o servicios, cuyo valor de adquisición, posesión o usufructo sobrepase sus legítimas posibilidades económicas, y los de su cónyuge o conviviente.
- b. Haya cancelado, luego de su ingreso a la función pública, deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio, el de su cónyuge o su conviviente, y sus parientes hasta el segundo

grado de consanguinidad y de afinidad, en condiciones que sobrepasen sus legítimas posibilidades económicas.

2) Será aplicable también a los casos del inciso 1) de este artículo, la pena complementaria prevista en el artículo 57 del Código Penal¹⁷¹.

Considero que el tipo penal citado adolece de ciertas imprecisiones en cuanto a su redacción de cara al principio de legalidad. Por ejemplo, respecto inciso b) del numeral 1), no habría enriquecimiento ilícito si el funcionario acredita que pudo cancelar la deuda –a pesar de sus escasa remuneración para dichos efectos- gracias al otorgamiento de un préstamo –que deberá acreditar, por supuesto-. Si se entiende dicho precepto de manera amplia, podría interpretarse que el mismo ya incluye supuestos como los que he mencionado; sin embargo, desde una lectura literal, el texto puede llevar a confusiones. Lo mismo podría decirse del literal a). Por otra parte, me parece acertada una pena que pueda elevarse hasta diez años de pena privativa de libertad; no puedo sostener lo mismo respecto al mínimo (un año) para delitos que revisten especial gravedad como este.

2.8 Argentina y Colombia. Los denominados antecedentes normativos inmediatos de nuestra legislación respecto del tipo.

Si bien en enriquecimiento ilícito está regulado en otros países de latinoamérica, la doctrina nacional es prácticamente unánime en considerar a las legislaciones argentina y colombiana como los antecedentes inmediatos a nivel de legislación comparada respecto a nuestro tipo. Siendo así, a continuación realizaré algunos comentarios algo más extensos sobre ambas legislaciones. Cabe recordar que, además, las críticas realizadas por la doctrina de ambos países a sus legislaciones respectivas, han sido utilizadas como fuentes para comentar en el mismo sentido el enriquecimiento ilícito tipificado en nuestro país.

2.8.1 Argentina

El Código Penal argentino ha tipificado el delito de enriquecimiento ilícito en su capítulo IX bis, denominado “Enriquecimiento Ilícito de funcionarios y empleados”, bajo la siguiente estructura:

Artículo 268 (1).- Será reprimido con la pena del artículo 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo.

Artículo 268 (2).- Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el

¹⁷¹ A modo informativo también, cabe recalcar que Paraguay sanciona el enriquecimiento ilícito desde el año 1940 cuando mediante Decreto N° 448/40 emitido por el órgano ejecutivo de aquel entonces. Dicho Decreto fue cuestionado en tanto el gobierno que lo dictó habría sido acusado de “usurpador”, sin embargo, luego de algunos debates al respecto, fue convalidado por Ley N° 9/1948. En razón de estos antecedentes normativos en la legislación paraguaya, se sostiene que Paraguay fue el primer país de este sector del continente que tipificó el delito de enriquecimiento ilícito. Actualmente, como se ha citado, la norma vigente al respecto es la Ley 2.523/04.

que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción del cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas y bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.

Artículo 268 (3).- Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.

El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda.

En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar datos que las referidas declaraciones juradas deben de contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables¹⁷².

Como puede apreciarse, el contenido de las conductas consideradas como delito de enriquecimiento ilícito en el caso argentino parece abarcar un espectro más amplio de conductas que nuestro tipo penal del 401° C.P.¹⁷³. Al respecto, considero pertinente realizar los siguientes comentarios: en principio, que el tipo penal argentino extiende la tipificación a la conducta de sujetos que no necesariamente son funcionarios públicos. Así, cuando este tipo penal se refiere en el 268°(2) a las “personas interpuestas” –los llamados comúnmente “testaferros”- amplía expresamente el círculo de sujetos pasibles de sanción¹⁷⁴. Por otro lado, al parecer, existe un defecto de sistematización respecto de las conductas descritas en el capítulo IX bis del Código Penal argentino. En tal sentido, la conducta descrita en el artículo 268°(1) no describe la sanción a una conducta por incremento patrimonial ilícito, sino más bien, la sanción penal por violación de información reservada –tampoco se exige que la violación del deber de confidencialidad haya estado sujeta a alguna contraprestación ya recibida, lo cual haría menos criticable que esté incluida como una conducta de enriquecimiento ilícito-. Sin embargo, y

¹⁷² Vigente actualmente por Ley N° 25.188 B.O (Octubre de 1999) cuyos artículos 38° y 39° modificaron e incorporaron el artículo 268°(2) y 268°(3) en el Código Penal argentino, respectivamente. La citada Ley modificó, por tanto, el texto del artículo 268°(2) sobre enriquecimiento ilícito que estuviera vigente hasta ese entonces gracias a la Ley N° 16.648 (Diciembre de 1964) y que contenía el siguiente texto:

“Artículo 268°(2).- Será reprimido con reclusión o prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún efecto. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de 1 a 4 años”.

¹⁷³ Por cierto, un trabajo que desarrolla la evolución legislativa de este delito en el ordenamiento argentino es el siguiente: COLOMBO, Marcelo y IPOHORSKI, José: *“Evolución legislativa reciente y análisis de la figura penal en el derecho comparado”*/ En: *“Teoría y práctica del Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público”* – Coord. Gustavo Bruzzone y Hernán Gullco/ Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005. pp. 91 a 119.

¹⁷⁴ En Perú, ante la falta de disposición expresa en nuestro Código Penal, se ha recurrido a las normas de la parte general para afirmar la responsabilidad penal -a título de complicidad- de los llamados testaferros o personas interpuestas.

siguiendo la lógica empleada por CARLOS CREUS al comentar el capítulo respectivo, éste parece referirse genéricamente al enriquecimiento de los funcionarios públicos bajo tres modalidades distintas –el enriquecimiento ilícito concretamente sería el del artículo 268°(2)-¹⁷⁵. Por su parte, en el caso del artículo 268°(3), desde mi punto de vista, hay un exceso de la intervención punitiva penal al haber tipificado como delito (¿de enriquecimiento ilícito?) una conducta que puede ser objeto de sanción administrativa pero no penal. En concreto, lo que se sanciona es la mera infracción del deber de presentar la declaración jurada lo cual no es indicativo de que el funcionario público se haya enriquecido –pues puede tener en su haber el mismo patrimonio (o que ésta haya disminuido)-, ni considero correcto incluir el elemento subjetivo de la “malicia” –difícil de probar e innecesario en aras a sancionar administrativamente la conducta- o de presumirla en base a la no presentación de los documentos ante el apercibimiento. Desde una perspectiva más garantista, la no presentación de la declaración jurada como parte del deber de transparencia de los funcionarios públicos podría obedecer a una falta de diligencia indisciplinable en el ámbito administrativo pero no necesariamente sancionable penalmente. En todo caso, como ya se adelantara en líneas previas, para el caso argentino, sólo el artículo 268°(2) configura, en estricto, el delito de enriquecimiento ilícito.

Acerca del artículo 268°(2), en la jurisprudencia se le ha cuestionado por lesionar principios tales como el de inocencia o el de legalidad por lo que incluso se ha afirmado su inconstitucionalidad. Así, al respecto, OMAR SOSA y ELPIDIO PORTOCARRERO, traducen parte de un pronunciamiento en esa dirección:

Tal y como está redactado el tipo penal en estudio, entiendo que hay serias dudas en cuanto a su constitucionalidad. Obsérvese el siguiente ejemplo... Si un funcionario público hereda una fortuna de una pariente, en el extranjero, y es llamado a justificar el aumento patrimonial y no lo hace, su conducta se encuadraría lisa y llanamente en el art. 268 (2). El propio Creus así lo afirma cuando dice: ‘Es más, existe la posibilidad de un enriquecimiento perfectamente lícito, pero si el agente se niega a probar que lo es, igualmente podría encontrar cabida en el art. 268 (2), con lo cual el principio de culpabilidad, que tiene a mi juicio jerarquía constitucional, quedaría lisa y llanamente, inexistente’. Sigue: ‘Como si fuera poco, un nuevo ejemplo traería más luz al problema. Si en legítimo derecho que la Constitución reconoce a toda persona, el funcionario público decide abstenerse de declarar, tal acto lo llevaría sin más a la condena¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Además, el citado autor considera que la tipificación del enriquecimiento ilícito obedece a una función preventiva. En tal sentido, el bien jurídico protegido sería –desde su posición- la prevención de conductas anormales que tengan como finalidad los incrementos patrimoniales por parte de los funcionarios. Nuestra doctrina nacional, por cierto no ha hecho eco de esta posición a pesar de hacer constante referencia a los trabajos monográficos de diversos autores argentinos para comentar el tipo penal peruano. Cfr. CREUS, Carlos: *“Delitos contra la Administración Pública. Comentario de los artículos 237 a 281 del Código Penal”*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981.

¹⁷⁶ SOSA, Omar y PORTOCARRERO, Elpidio: *“El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (art. 268 [2], C.P.), en la jurisprudencia”*. /En: *“Teoría y práctica del Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público”* – Coord. Gustavo Bruzzone y Hernán Gullco/ Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005. p. 43. Los autores citan el voto en minoría del Juez Edgardo Donna en el caso denominado “Vallone, José A. s/infrac. art. 268 (2) del C.P.”

No obstante, los citados autores también citan pronunciamientos judiciales que han abogado por su adecuación constitucional. Así, por poner un ejemplo, citan lo sostenido por la judicatura argentina en el caso “Pico, José Manuel”:

(...) antes la presencia de grueso enriquecimiento patrimonial del causante, y de la ausencia de la mínima explicación suya al respecto, es evidente que ninguna norma constitucional puede resultar violada por el dispositivo legal de aplicación, el cual tiende a resguardar el honesto y correcto comportamiento de los funcionarios, y evitar que esas funciones se utilicen para beneficiar al agente al margen de la ley, en vez, de procurar el bienestar general, como es el deber genérico del servidor público¹⁷⁷.

En la doctrina argentina, MARCELO SANCINETTI ha sido uno de los más críticos respecto de este delito. Así, adelantando opinión en las primeras líneas de su trabajo, SANCINETTI sostiene de manera tajante: “(...) el delito de ‘enriquecimiento ilícito de funcionario público’, en su versión del art. 268 (2), C.P., es decir, el configurado por un incremento patrimonial no justificado por el funcionario, no respeta el principio de legalidad ni el derecho penal de acto, viola el principio de inocencia y desconoce el principio ‘nemo tenetur’, pilares todos, del sistema constitucional penal de una Estado de Derecho”¹⁷⁸. En síntesis, la crítica de SANCINETTI –y que, por cierto, ha sido trasladada por la doctrina a nuestro caso peruano- apunta a considerar que, si bien es cierto existe una preocupación legítima respecto del incremento patrimonial de funcionarios públicos sin que exista una razón que justifique ese incremento, con el tipo penal del 268 (2) se estaría presumiendo la comisión de un acto ilícito por el sólo hecho de que el funcionario no justifique todos sus ingresos, ello, a su parecer, estaría violando el principio de presunción de inocencia. Para el autor, un incremento patrimonial puede provenir de fuente legítima por lo que no se puede presumir la comisión de un ilícito penal a la sola no presentación de los documentos que lo prueben. Además, en caso que el funcionario sí hubiese cometido un delito en el marco de su función y, en relación causal con ello, se hubiere enriquecido, exigirle que pruebe –lo que dado el caso no podría probar- sería un atentado contra un principio base del sistema procesal y constitucional: el derecho a no auto-incriminarse – “nemo tenetur”¹⁷⁹.

De postura menos clara y determinante que la anterior, GUSTAVO BRUZZONE y HERNÁN GULLCO, analizan el carácter constitucional de la figura desde otros aspectos. Desde su particular perspectiva, afirman que el artículo 268 (2) exige una inversión de la carga de la prueba y su relación con otros derechos en juego tales como la presunción de inocencia. Como punto de partida, analizan la aplicación de la teoría de los “actos propios” aplicada por la Corte Suprema, según la cual: “(...) el voluntario sometimiento a un régimen jurídico y a una determinada jurisdicción comporta un inequívoco acatamiento a sus normas y, por ende,

¹⁷⁷ Ídem. p. 39.

¹⁷⁸ SANCINETTI, Marcelo A.: *“El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público –art. 268 (2), C.P.-. Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho”*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000. p. 16.

¹⁷⁹ Cfr. Ídem.

determina la improcedencia de una impugnación ulterior con base constitucional”¹⁸⁰. Es decir, se analiza si la condición de funcionario público, en virtud del régimen jurídico especial que rige sus funciones y al someterse a éste de manera voluntaria, está renunciando a ciertos derechos tales como la presunción de inocencia o el derecho a no auto-incriminarse. Sin embargo, luego de algunas precisiones y comentarios a la jurisprudencia que aplicó la teoría de los actos propios, los autores concluyen al respecto lo siguiente: “Apelar a la doctrina de los ‘actos propios’, los supuestos tolerados de inversión de carga de la prueba y restricción a ciertos derechos respecto de funcionarios en el ejercicio de la función son sólo una cuestionable vía posible que mide, a través de la capacidad de rendimiento de esos conceptos, un intento por salvar la legitimidad del tipo en cuestión”¹⁸¹. Si bien, parecen admitir como más conveniente la modificación o eliminación del tipo penal –aunque considerando los costos políticos que ello implicaría-, finalizan con lo siguiente: “Frente a la ratificación de la figura por la omisión de los propios funcionarios a quienes va dirigida, se puede sostener la asunción consciente de la lesión a los derechos implicados y, en consecuencia, la renuncia implícita que de ellos se hace. En ese sentido, (...) el tipo penal, (...) debe seguir siendo utilizado como se viene haciendo hasta ahora por ser controvertida su validez constitucional, aunque no de manera definitiva”¹⁸². En consecuencia, a pesar de las críticas, los autores postulan por la continuidad de la norma penal en análisis, a diferencia de SANCINETTI que la considera inconstitucional.

Como anteriormente manifesté, varias de las críticas sostenidas por SANCINETTI han sido trasladadas y además propuestas por autores nacionales para el tipo penal peruano del 401° C.P. Sin embargo, en lo que aquí me interesa, considero erróneo sostener que un funcionario público, por el hecho de asumir voluntariamente esa posición, deba renunciar a derechos –por cierto, reconocidos constitucionalmente en clave de principios- tan esenciales como los mencionados. Si bien un funcionario público, y como se detalla más adelante en este trabajo, ocupa una posición especial y de relevancia pública, no por ello se puede asumir que el derecho al honor o la presunción de inocencia se aplica en su caso en menor o nula intensidad. Es incorrecto, además, hablar de la “renuncia a la presunción de inocencia” pues respetar ese derecho –que es, además, una garantía *genérica* del proceso¹⁸³- no es algo que ni el órgano jurisdiccional ni el persecutor del delito –incluso- pueden eludir. Ello no quiere decir que se promueva aquí la desaparición del tipo penal sino que su interpretación desde esa perspectiva se considera errónea.

2.8.2 Colombia

En el caso del Código Penal colombiano, la norma que tipifica la conducta de enriquecimiento ilícito es la siguiente:

¹⁸⁰ BRUZZONE, Gustavo A. y GULLCO, Hernán: “Acerca de la controvertida adecuación constitucional del tipo penal del enriquecimiento ilícito de funcionario público”./ En: “Teoría y práctica del Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público” – Coord. Gustavo Bruzzone y Hernán Gullco/ Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005. p. 17.

¹⁸¹ Ídem. p. 31.

¹⁸² Ibídem.

¹⁸³ Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César: “Derecho Procesal Penal”. Lima, Grijley, 2006.

Artículo 412.- El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50,000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años¹⁸⁴.

Como puede apreciarse del texto del tipo penal colombiano, lo que más llama la atención es la “condición” expresada en éste de que se sancione por esta conducta mientras que la misma no configure otro tipo penal. En otras palabras, se aplica, por disposición expresa, de manera subsidiaria. Es en razón de ello que, desde un primer momento, siempre he encontrado objeto de mayores críticas el caso colombiano –además de lamentable que esa consideración se haya trasladado al tipo penal peruano que, por cierto, no tiene idéntico texto- sin embargo, el problema más palmario que detecto en el tipo penal colombiano es el caso de la aplicación de las reglas del concurso. Me explico: la especificación del bien jurídico específico protegido por la norma, también es una exigencia en aras a una correcta interpretación del mismo. Determinado éste, en el sentido en el que aquí se adopta, el problema más latente parece ser el del concurso¹⁸⁵. Una vez concretizado el bien jurídico específico –que no necesariamente tendría por qué ser distinto al postulado aquí- puede fundamentarse su naturaleza autónoma –naturaleza que a la que deberían obedecer todos los delitos- y por lo tanto, si un mismo hecho –en el caso del enriquecimiento ilícito: el incremento patrimonial no justificado- configura dos o más tipos penales, lo lógico es que se apliquen (cuando así corresponda) las reglas del concurso –ideal, por ejemplo-. Sin embargo, según la determinación expresa del tipo penal colombiano parece no admitirse –por principio de legalidad- una aplicación autónoma sino, como lo dice su texto, subsidiaria. Al margen de los cuestionamientos que más adelante realizaré a la teoría del concurso aparente, todo parecería indicar que indirectamente se estaría de ese modo exhortando a que se aplique el enriquecimiento ilícito en concurso aparente.

¹⁸⁴ El antecedente normativo penal de este precepto se encontraba recogido en el artículo 148° del Código Penal colombiano en los siguientes términos: *“El servidor público que por razón de su cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años de prisión, multa equivalente al valor del enriquecimiento o interdicción de derechos y funcionarios públicos por el mismo término de la pena principal. En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado”*. Además, como dato, la legislación colombiana ha tipificado el enriquecimiento ilícito de particulares en el año 1985: *“El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro un incremento patrimonial no justificado, derivado, de una u otra forma de actividades delictivas, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de 5 a 10 años y multa equivalente al valor del enriquecimiento ilícito logrado”*. No es materia de este trabajo, pero es bastante criticable que se haya tipificado un incremento patrimonial no justificado de un particular que, de una lectura atenta del tipo penal que lo contiene, parece sancionar penalmente casos de fases de agotamiento de delitos –cuando éstos hubiesen sido cometidos, lo cual debe ser probado- sin hallar un bien jurídico concreto protegido–que no sea el protegido por los delitos “fuente” del incremento patrimonial- al no existir, en el caso del sujeto activo, las mismas obligaciones y deberes de transparencia respecto de sus ingresos como en el caso del funcionario público. La otra cuestión sería, que quizás lo que aquí exista sea un caso que en nuestra legislación ha tipificado como de delito de receptación.

¹⁸⁵ Mi crítica a la denominada por la doctrina “subsidiariedad” de los delitos es desarrollada en el tercer capítulo de este trabajo.

Respecto a la subsidiaridad establecida en el tipo penal colombiano, sin embargo, GÁLVEZ VILLEGAS –adhiriéndose a la postura del autor colombiano MOLINA ARRUBLA- ha sostenido: “(...) lo más relevante de este tipo penal como objeto de comparación respecto al nuestro es el hecho de que expresamente se establezca una relación de subsidiariedad de esta norma penal respecto a otros (tipos penales); lo que al decir de MOLINA RUBLA ha convertido en ineficaz e inaplicable en la práctica a esta figura penal”¹⁸⁶. En este extremo, coincido con el autor, aunque claro, el problema ha sido que la interpretación que se le ha dado a nuestro tipo penal como delito subsidiario es una consecuencia de asumir que, por tener como antecedente legislativo a Colombia, el nuestro también contempla una “subsidiariedad tácita” –ya que no es expresa como en el caso colombiano-. Probablemente, el tipo penal colombiano, tal y como está regulado, pueda ser objeto de críticas debido a esta disposición expresa y, en efecto, torne en poco práctica su aplicación –con lo que el fin o interés detrás de dicha norma penal quedaría vacío de protección-. Por otro lado, en la doctrina colombiana también se ha criticado el tipo penal por vulnerar el debido proceso y la presunción de inocencia; GÁLVEZ VILLEGAS hace breve referencia –al comentar el artículo 401° C.P. peruano- a lo sostenido al respecto por el autor colombiano BÁRCENAS ESPITIA: “(...) se estaría faltando al debido proceso legal y al derecho de presunción de inocencia, a la vez que se estaría estableciendo una especie de inversión de la carga de la prueba en perjuicio del imputado”¹⁸⁷. A pesar de considerar admisibles las críticas al delito de enriquecimiento ilícito, el autor nacional sostiene –citando algunos planteamientos de SILVA SÁNCHEZ- que en el caso delitos contra administración pública, es posible una “flexibilidad de categorías y relativización de principios jurídico-penales, de tal forma que puedan tipificarse penalmente estas conductas (...) si bien es cierto, que la tipificación penal de una conducta, con la estructura del enriquecimiento ilícito, no se ajusta completamente a las formulaciones teóricas clásicas (...), sí resulta legítimo abordar este tipo de delitos con una concepción más amplia y flexibilizada”¹⁸⁸. Lo sostenido por este autor no necesariamente es compartido acá. Si bien los principios no son absolutos, la flexibilización propuesta no debería admitirse sin más sin considerar antes la exigencia de una adecuada tipificación de los delitos –cualquiera de ellos-, las falencias o problemas en la interpretación de un tipo penal no deberían llevar necesariamente a la conclusión de que en el caso en concreto se ha apelado a una flexibilización de los principios. Antes bien, existe un paso previo que es el de tener en claro si realmente se han vulnerado estos siempre analizados desde una correcta interpretación. ¿Porqué sostener necesariamente que el enriquecimiento ilícito no obedece a la formulación clásica de los delitos? ¿Se vulneran realmente en su contenido esencial principios como el de presunción de inocencia? O para ser más concreta, ¿se vulnera la presunción de inocencia? ¿Realmente existe la inversión de la carga de la prueba o es que en realidad el tipo penal está dirigido a proteger principios que exigen ciertos deberes –de hacer- al funcionario público? En la última

¹⁸⁶ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás: Óp. cit. p. 208.

¹⁸⁷ Ídem. pp. 92 y 93.

¹⁸⁸ Ibídem. Cabe recordar que el autor tiene una posición discrepante a la sostenida por la mayoría de la doctrina, negando así la aplicación del concurso aparente en el caso del tipo penal peruano. Para apoyar sus críticas, cita doctrina tanto argentina como colombiana, lo cual –desde mi punto de vista- puede resultar confuso sobre todo en el caso de enriquecimiento ilícito colombiano que establece la aplicación subsidiaria –lo cual no es expresamente exigido en nuestro tipo penal-.

parte de este capítulo realizaré comentarios al respecto con propósito de sentar la posición central de este trabajo.

3. El tipo penal según la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)

En el ámbito supranacional, la preocupación por los nocivos efectos de la corrupción ha sido compartida por diversos Estados. Orientados a combatirla a través de estrategias de lucha contra la corrupción pero también a nivel legislativo-penal, éstos han ratificado tratados internacionales como expreso compromiso de esa lucha. Así, los dos instrumentos principales sobre la materia son la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) y la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC). Respecto de esta última, la Corte Superior ha resaltado la importancia de su adopción en los siguientes términos:

Teniendo como punto de partida el mandato constitucional vinculante para los Jueces que integramos el Poder Judicial, se tiene en cuenta además los motivos que determinaron que los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos se decidieran a adoptar la Convención Interamericana contra la Corrupción. En este tratado, se consigna que ‘... la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como el desarrollo integral de los pueblos’ estableciendo entre otros fundamentos de su adopción, que es necesario combatir la corrupción con el objeto de fortalecer las instituciones democráticas, evitar distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y deterioro de la moral social¹⁸⁹

La CNUCC contiene una serie de disposiciones referidas a diversos tipos penales como el cohecho –denominado por la CNUCC, “soborno”-, malversación, peculado, y otros entre los que se encuentra el enriquecimiento ilícito. Así, establece en su artículo 20° lo siguiente: “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 delitos, 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”.

En el caso de la CICC (ratificada por el Perú en 1997) sucede lo mismo –es decir, contiene una serie de disposiciones respecto a diversas conductas que la Convención recomienda deberían ser tipificadas por los Estados parte. En el caso del enriquecimiento ilícito, la CICC establece en el artículo IX lo siguiente:

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Parte 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 pueden ser razonablemente justificado por él. Entre aquellos Estados Parte que hayan tipificado el delito

¹⁸⁹ Exp. N° 029-2002 de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 16 de mayo de 2005.

de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención. (...).

Ahora, si bien escapa al desarrollo central de este trabajo el realizar un amplio desarrollo sobre todo el contenido y la aplicación de ambos tratados internacionales, en lo que aquí interesa, si bien ambos instrumentos han sido ratificados por el Perú¹⁹⁰, las disposiciones que en ellas describen las conductas consideradas como enriquecimiento ilícito del funcionario público, no podrían ser aplicadas directamente a nuestro ordenamiento interno. Ello es así en estricto respeto al principio de legalidad y al principio soberano que corresponde a cada Estado. Por lo tanto, lo que es exclusivamente aplicable es el artículo 401° del Código Penal que, por cierto, no necesariamente describe la conducta en idéntico sentido que las Convenciones –aunque, considero, cumple con el compromiso adoptado por el Perú al ratificarlas-.

Si bien es cierto, nuestra Constitución Política establece en el artículo 55° que: “Los Tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, lo cual implica una incorporación directa del tratado con el solo hecho de ratificarlo, considero importante realizar algunas acotaciones importantes al respecto.

Lo primero es considerar que según el artículo 3° de la Ley N° 26647 –que contiene las normas relativas a los actos de perfeccionamiento de los tratados que sean ratificados por el Perú-, “los Tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos, de acuerdo al artículo precedente. La incorporación de los tratados al derecho nacional se sujeta a lo que establezcan los propios tratados sobre el particular” y que en su artículo 4° que establece la exigencia de la publicación del Tratado correspondiente en el Diario Oficial “El Peruano”; dicha publicación no condiciona la vigencia del tratado. Es decir, el tratado forma parte de nuestro derecho nacional y por lo tanto es plenamente vigente en nuestro ordenamiento con el acto de ratificación y no con el de publicación –por lo que si la publicación se produce mucho tiempo después o no se produce, el tratado habrá estado siempre en vigencia a partir de la ratificación del mismo-.

Lo anteriormente comentado, esto es, acerca de que el tratado forme parte del derecho nacional, implica que éste nos vincula como Estado. Según las normas internacionales relativas a la responsabilidad de los Estados frente al incumplimiento de los tratados que ratifiquen –en concreto, refiriéndome a la Convención de Viena de 1969 (ratificada por el Perú el 14 de setiembre de 2000)-, éstos no podrían justificar el incumplimiento de un tratado en alguna disposición normativa interna. Esto último, es relevante en el debate en torno a la jerarquía de los tratados internacionales sobre lo que no abundaré pero que, sin embargo, considero pertinente en aras a recordar que no debería existir contradicción entre las normas internas y los

¹⁹⁰ La Convención de las Naciones Unidas fue adoptada el 31 de diciembre de 2003 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por el Perú el 16 de noviembre de 2004. Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción entró en vigencia el 6 de marzo de 1997 y fue ratificada por nuestro país el 6 de abril de ese mismo año.

tratados que forman parte de nuestro derecho nacional. En todo caso, puede existir una complementariedad en el caso de disposiciones autoaplicativas en los tratados y en tanto el tratado aporte un criterio o, dicho de otra forma, en tanto el derecho interno-en nuestro caso, el derecho penal- se sirva del mismo para complementar definiciones¹⁹¹.

Es preciso indicar que en el plano internacional se deben diferenciar las normas contenidas en un tratado entre normas de carácter autoaplicativo y normas denominadas “programáticas”. En el primer caso, la norma o disposición es lo suficientemente específica y no requiere que se adopten medidas adicionales legislativas para que puedan ser aplicadas. En el segundo caso, sí se requiere que se adopten medidas adicionales en el ordenamiento interno del Estado parte.

Un tratado, como en el caso de las Convenciones en comentario, pueden contener normas de ambos tipos. En efecto, tanto en la CICC como en la CNUCC existen normas de carácter programático y normas de carácter autoaplicativo. Un ejemplo de norma autoaplicativa es la definición de “funcionario público” contenida en ambas¹⁹². Como más adelante comentaré, dicho concepto nos vincula sin necesidad que expresamente se regule en el Código Penal dicho concepto¹⁹³. Por otro lado, los Estados parte que ratificaron las Convenciones se comprometen a incorporar en sus legislaciones como delitos determinadas conductas consideradas por la Convención como actos de corrupción –e incluso disposiciones de carácter procesal-. Estas disposiciones son de carácter programático. Al margen de varios –casi todos- de los delitos a los que hacen referencia ambas Convenciones ya estaban tipificado como tales en nuestro ordenamiento interno, a lo que los Estados parte se comprometen es a llevar a cabo las medidas correspondientes para que esas conductas sean tipificadas como delitos –si es que aún no lo han sido- en su territorio nacional. No podrían aplicarse directamente porque, en principio, no contienen sanciones –como se puede apreciar de una simple lectura- y, principalmente porque en el ámbito penal estamos sujetos al principio de legalidad que exige para la creación de normas penales la denominada “reserva de ley”¹⁹⁴ –y la creación de leyes es tarea principal del poder legislativo-, precisamente en base a ello es que, por ejemplo, la propia Convención de las Naciones Unidas establece, al describir cada delito, manifiesta que cada Estado parte debe adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar una conducta como delito. Desde la

¹⁹¹ En el caso de las Convenciones tratadas en este apartado, ambas contienen –por ejemplo- una definición de “funcionario público” que, por su naturaleza, son de naturaleza autoaplicativa. Como más adelante mencionaré, no existe contradicción entre lo que en materia penal se denomina “funcionario público” y lo que definen las convenciones al respecto.

¹⁹² En el caso de la CNUCC, en el artículo 2° -titulado, justamente, “definiciones”- y en el caso de la CICC, en el artículo I –también titulado “definiciones”-.

¹⁹³ De hecho, el artículo 425° de nuestro Código Penal (C.P.) establecía, antes de su última modificación, en su numeral 6) que también eran considerados funcionarios públicos –para efectos penales- aquellos que establezca la propia Constitución y la Ley. Aún sin la existencia de ese numeral, al haber ratificado los tratados y al tratarse de una disposición autoaplicativa, la definición de funcionario establecida en ellos, se complementaba a lo establecido en el artículo citado del C.P.

¹⁹⁴ Incluso en el debate de si exigir un concepto de “reserva de ley” estricto (solo emitida por el legislador) o amplio (es decir, los casos de delegación de funciones legislativas al Poder Ejecutivo para la emisión de Decretos Legislativos, por citar un concreto ejemplo).

Convención Interamericana hace lo propio cuando establece que la tipificación de los delitos allí mencionados debe incorporarse a los Estados parte con sujeción a sus Constituciones y principios fundamentales.

En consecuencia, si alguno de los delitos descritos por cualquiera de las Convenciones no estuvieran aún tipificados en nuestro ordenamiento interno, a pesar de la ratificación de las mismas, éstos no podrían aplicarse directamente en un caso concreto. Por tanto, la descripción de la conducta típica –agravantes o modalidades- no debe tampoco coincidir plenamente con la conducta descrita en las Convenciones, sino que dependerá de los principios que rigen en nuestro ordenamiento. Las Convenciones, al respecto, lo que en puridad hacen es establecer las pautas básicas que orienten –de manera programática- a los Estados sobre las conductas que se consideran de corrupción¹⁹⁵. No cabe duda, sin embargo, que más allá de las específicas disposiciones en las Convenciones, éstas son una expresión del interés de los Estados –sobre todo de esta parte del mundo- en erradicar el fenómeno de la corrupción debido a la gravedad de sus efectos en la sociedad y respecto del funcionamiento del apartado administrativo.

4. El tipo penal en nuestro ordenamiento. Algunos comentarios a sus modificaciones en el tiempo.

El tipo penal de enriquecimiento ilícito fue incorporado a nuestra legislación en el año 1981 mediante el Decreto Legislativo N° 121, que introdujo la figura en el Código Penal de 1924 través del artículo 361°-A¹⁹⁶. Actualmente, su tipificación se encuentra prevista en el artículo 401° del Código Penal de 1991¹⁹⁷, cuyo texto es el que sigue:

Artículo 401°.- El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

¹⁹⁵ Si bien pronunciándose con mayor énfasis sobre el caso de las normas autoaplicativas, me permito recomendar –sobre este tema concreto- la lectura del siguiente artículo: BREGAGLIO LAZARTE, Renata: “La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el derecho penal”. / En: “Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú”/ Lima, IDEHPUCP, 2012. pp. 165 a 183.

¹⁹⁶ El artículo 361°-A establecía lo siguiente: “El funcionario o servidor público que por razón del cargo, o de sus funciones se enriquecerá indebidamente, será reprimido con prisión no mayor de 10 años ni menor de 4 años, multa de la renta de sesenta a ciento ochenta días e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 3) del artículo 27° por doble tiempo de la condena. Existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración o declaraciones juradas de bienes y rentas, fuere notoriamente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos que haya percibido y de los incrementos de su capital o de sus ingresos, por cualquier otra causa lícita

Las pruebas presentadas para justificar el enriquecimiento patrimonial, son reservadas, y no podrán ser utilizadas para ningún otro efecto”

¹⁹⁷ El artículo 401° del Código Penal fue modificado últimamente mediante la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013. Cabe recordar que también existen dos normas penales vinculadas a este delito –aunque referidas a aspectos procesales-. Se trata de los artículos 401°-A y 401°-B, sobre decomiso de bienes incautados en el marco del proceso penal por enriquecimiento ilícito.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades y organismos de la administración pública o empresas estatales, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.

Entre su incorporación a nuestra legislación penal y el tipo penal vigente, el delito de enriquecimiento ilícito ha sido objeto de algunas modificaciones legislativas¹⁹⁸: la primera al entrar en vigencia el Código Penal de 1991 que tipificó el delito en el artículo 401¹⁹⁹, luego, la modificación producida mediante Ley N° 27482 (publicada el 15 de junio de 2001)²⁰⁰, y la tercera- y penúltima-, mediante Ley N° 28355 (publicada en octubre de 2004)²⁰¹. Posteriormente a ello, se produjo una nueva modificación en julio de 2011 con la Ley N° 29703, para luego de casi dos

¹⁹⁸ A pesar de que desde su incorporación al ordenamiento peruano tuvo escasa aplicación en sus inicios. Posteriormente, a partir de los procesos vinculados a los actos de corrupción cometidos por la cúpula Fujimori-Montesinos, se cuenta con mayor jurisprudencia respecto a este tipo penal que, sin embargo, no nos ha dado mayores alcances sobre su correcta interpretación. Algunas resoluciones –aunque, claro, no las únicas- sobre algunos casos en jurisprudencia: Exp. N° 004-2001 de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Lima; Exp. N° 00001-2011-4-1826-JR-PE-01 Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia; Exp. N° 013-2007 Primera Sala Penal de la Corte Superior de Lima; Exp. N° 084-2088 Primera Sala Penal Especial Corte Superior de Lima; Exp. N° 098-2001 Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima; Exp. N° 099-2009 Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima; Exp. N° 085-2008 Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima. Asimismo, la Corte Suprema ha resuelto en vía de recurso de nulidad, sentencias referidas al delito materia del trabajo de investigación: R.N. N° 2976-2004, R.N. N° 847-2006.

¹⁹⁹ El texto del 401° del Código Penal era el siguiente: *“El funcionario o servidor público, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años”*. Además de ello, mediante Decreto Ley N° 25489 del 10 de mayo de 1992, se adicionó el artículo 401°-A y, posteriormente, por una notificación de fe de erratas del Decreto Ley citado, se incorporó el artículo 401°-B; ambas normas de carácter procesal referidas al decomiso e incautación.

²⁰⁰ El texto del artículo 401° con dicha Ley era el siguiente: *“El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o el gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”*.

²⁰¹ Con la modificación realizada a través de esta Ley, el texto de artículo 401° era el siguiente: *“El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”*.

años, y con el propósito de incluir la pena de multa para los delitos de corrupción, volverla a modificar mediante la Ley N° 30111, tal como ya ha sido comentado.

Si bien el objeto de este trabajo no pretende hacer un estudio sobre absolutamente todos los aspectos –problemáticos o no- respecto del delito –lo cual, por cierto, ameritaría un espacio mucho más amplio-, me interesa en este apartado realizar algunos comentarios respecto a las modificaciones que se han realizado al tipo penal. Así, cuando el enriquecimiento ilícito se incorporó a nuestra legislación se describía la conducta típica de “enriquecerse indebidamente”, luego, con la Ley N° 27482 –ya en el artículo 401° C.P.- la conducta se refería al “enriquecimiento ilícito”. Es a partir del año 2004, cuando se modifica el artículo 401°, que se describe la conducta como el “incremento patrimonial ilícito”. Al respecto, la ventaja que puede atribuirse al cambio en la terminología utilizada para describir la conducta típica, es que con el uso del término “enriquecimiento” podía llevar a la interpretación de que se requería un aumento significativo o excesivo en el patrimonio en la medida en que algunos autores consideran se debía tomar en cuenta la descripción que del enriquecimiento ilícito se hace en la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC). Con la nueva terminología no necesariamente se tenía que llegar a esa interpretación confusa –sobre todo porque, como comenté anteriormente, en aplicación del principio de legalidad, lo que nos vincula penalmente es la norma de conducta descrita en el tipo penal peruano-. Por cierto, el problema de la determinación de un monto que pueda considerarse excesivo ha sido objeto de comentarios en algunos trabajos al respecto, sin embargo, otro sector consideraba pertinente –del mismo modo como se puede aplicar para el caso del uso del término “incremento” en la actual redacción- obviar esas consideraciones pues ante montos mínimos podrían operar las teorías de la adecuación social o la del riesgo –propuesta por ROXIN-. Es decir, considerar que, una mínima cantidad que no corresponda con los ingresos legítimos del funcionario público no pondría en riesgo al bien jurídico protegido por la norma penal. No obstante, tanto con el uso del término “enriquecimiento” como con el uso del término “incremento” el problema –si es que existe alguno- sería el mismo, y en ambos casos se podría aplicar el mismo principio dogmático respecto a montos que sean de mínima entidad y que no impliquen una diferencia penalmente relevante entre los ingresos que el funcionario pudo haber percibido en razón de su cargo y lo que efectivamente le corresponde. Respecto a lo dispuesto en la CICC, considero lo siguiente: a) que la interpretación del delito de enriquecimiento ilícito debe ser realizado de acuerdo a la norma penal nacional que tipifica este delito –por supuesto, como en cualquier otro caso, si la norma debiera modificarse, criticarse la misma en tal sentido-; y b) que la exigencia de que el incremento o “enriquecimiento” sea de “significativo exceso” puede llevar a vacíos e impunidad en casos en donde, si bien no ha existido un incremento que se considere significativamente excesivo, el desbalance patrimonial sea suficiente y con la aptitud de afectar el bien jurídico protegido. Más allá de lo comentado, considero más adecuado el uso del término “incremento” producido con la modificación que el de “enriquecimiento”, por implicar menores dudas respecto a la interpretación de la conducta descrita.

Por su parte, respecto a la sanción penal, inicialmente -cuando el tipo penal se incorporó por primera vez- la respuesta penal era la aplicación de las sanciones de multa, inhabilitación y

la pena privativa de libertad. La multa como sanción se mantuvo en un primer momento cuando el enriquecimiento ilícito se encontraba tipificado en el artículo 361°-A, luego, con las modificaciones producidas en el tiempo, solo se mantuvieron las sanciones de privación de la libertad e inhabilitación. Ya con la última modificación en 2013 realizada al tipo penal la multa volvió a imponerse como sanción penal no solo para éste sino para los delitos de corrupción en general –lo cual, por cierto, nos parece una acertada decisión del legislador-.

Acerca del *quantum* de la pena privativa de libertad, no ha habido cambios salvo la elevación del mínimo legal –de cuatro a cinco años- a partir de la tipificación de este delito en el artículo 401° C.P.

Otra diferencia del modo cómo se ha tipificado la conducta a través del tiempo entre su incorporación a nuestro Código Penal y el texto vigente, se encuentra en el elemento referido al ejercicio del cargo vinculado con el incremento o enriquecimiento patrimonial. Mientras que hasta la modificación producida en el año 2004 –mediante la Ley N° 28355- se exigía que el sujeto activo –esto es, el funcionario- se enriquezca “por razón de su cargo”, luego de la anotada modificación el texto se refería al “ejercicio de las funciones” y, en el texto vigente tipifica la conducta mediante el elemento “abusando del cargo”.

Por otro lado, a partir de 2004 se incorporó una agravante en el segundo párrafo del artículo 401° -respecto de los más altos funcionarios del Estado²⁰²-, con la última modificación realizada la agravante se ha mantenido aunque con una diferencia en cuanto a los límites mínimos y máximos de la sanción penal. Así, mientras que en un principio la conducta agravada era sancionada de ocho a dieciocho años de pena privativa de libertad, actualmente el marco de la pena es de diez a quince años. Al respecto, se me ocurren algunas interrogantes ¿por qué razón a un alto funcionario –por ejemplo, un Congresista de la República- que comete este delito debe aplicársele una sanción más grave respecto de otros funcionario que no están comprendidos en la agravante? En otras palabras, es más grave el enriquecimiento ilícito de un Congresista o el Presidente de la República que el de un funcionario público cualquiera? Si ello fuera así –y tomando en consideración que desde la posición que aquí se adopta, en los delitos de infracción del deber, la posición que ocupa el funcionario público fundamenta el tipo penal-, ¿por qué no aplicar la misma sanción penal para todos los funcionarios que atenten contra la Administración Pública? Es tan responsable de respetar la transparencia en la gestión pública el Presidente de la República como un funcionario en el nivel jerárquico más bajo. Sin embargo, el

²⁰² El artículo 99° de la Constitución Política, establece: “Corresponde a la Comisión Permanente, acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes al Congreso; a los Ministerios de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que comentan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas”. Por su parte, el artículo 39° de la carta magna se refiere a los altos funcionarios públicos en orden jerárquico: “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a Ley”.

legislador ha considerado, al parecer, que a aquellos funcionarios que ocupan un lugar en los más altos estamentos del poder estatal les corresponde una sanción mayor en virtud a que la responsabilidad asumida es mayor –lo que implica la asunción de competencias de mayor relevancia respecto de la Administración Pública y los objetivos que ésta tiene-. La agravante del artículo 401° C.P. también se refiere textualmente al funcionario que “ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado”, lo que confirmaría que el criterio que fundamenta la agravación de la pena en esos casos es la posición jerárquica que ocupan en el aparato público. Sin embargo, y aunque no pretenda extenderme demasiado al respecto, ello podría ser más sencillo de entender si el bien jurídico protegido sea susceptible de verse afectado, por ejemplo, por conductas que dependan también de la decisión del superior jerárquico. Si bien la administración pública desde su concepción estrictamente formal es un ente jerarquizado, el bien jurídico protegido con este delito está estrechamente vinculado a principios y deberes del funcionario que no dependen de la decisión de terceros sino únicamente de éste. La necesidad de distinguir entre la comisión de cualquiera de los otros delitos funcionariales –que como consecuencia le genere réditos económicos al funcionario- y el enriquecimiento ilícito se afirma con dichas consideraciones²⁰³.

Por otra parte, la llamada “regla indiciaria” se ha mantenido en el tiempo –si bien fue retirada cuando entró en vigencia el Código Penal de 1991 que tipificó el delito en el artículo 401°, luego fue reincorporada-, desde mi punto de vista, innecesariamente. Se trata de una disposición de naturaleza procesal que expresa un criterio –importante, pero no único- respecto a la prueba del delito. La doctrina, por cierto, ha puesto énfasis en interpretar que el incremento patrimonial en este delito también incluye la disminución de pasivos –por liberación de deudas de naturaleza patrimonial con inexplicable fuente- y no solo el incremento de activos. Por otro lado, el indicio no es prueba plena, sino que su naturaleza probatoria dependerá de que se encuentre acreditado a través del conjunto de elementos de pruebas –directas o indirectas- acopiadas²⁰⁴.

²⁰³ Precisiones al respecto así como de la autonomía del delito de enriquecimiento ilícito, serán desarrollados en el tercer capítulo.

²⁰⁴ Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César: *“Derecho Procesal Penal”*. Lima, Grijley, 2006. p. 851 y ss. El autor desarrolla en su obra ampliamente sobre el tema sosteniendo la validez de la prueba indiciaria –al mismo nivel que la prueba directa- para declarar acreditada la responsabilidad penal. Si bien, para otorgarle ese peso se requiere, por ejemplo, de que exista una pluralidad de indicios, una vez cumplidas esas exigencias, el peso probatorio sería tan intenso como el caso de una prueba directa. Por otro lado, el indicio que se encuentre acreditado, según comenta el autor, no está destinado a probar necesariamente de forma directa la comisión del delito, sino la existencia de hechos u otros datos que sí estén destinados a probar directamente el hecho delictivo. Para plasmar lo dicho, cito al autor: *“(…) existen indicios necesarios e indicios contingentes, en función a las causalidades que emergen de ellos. Los indicios necesarios prueban por sí solos plenamente la veracidad del ‘dato indicado’ al que conducen, por lo que están exentos del requisito de la pluralidad; el dato cierto resulta de una relación causal unívoca. Los indicios contingentes, que son los más numerosos, por el contrario, para generar convicción o consolidar ésta sobre algún aspecto del tema probandum o de ésta como totalidad, deben ser mínimo dos (...)*”. p. 858.

III. La calidad de funcionario público y su posición frente a la Administración Pública como fundamento del tipo penal. El rol y el deber de garante.

A continuación, trataré específicamente aquellos aspectos relativos a la posición que ocupa el funcionario público frente a la Administración Pública –así como frente a la sociedad (en el marco de los fines que su rol le exige cumplir)-, como centro de imputación del delito de enriquecimiento ilícito.

Primero, abordaré aspectos genéricos acerca del rol de las personas en la sociedad para luego especificar la posición institucional que ocupa un funcionario público. A partir de ello –y de la teoría concreta de la que partiremos aquí-, se fundamentará cómo el rol del funcionario no solo está en relación con el bien jurídico específico en base a criterios de mera competencia sino, también, en base a los principios que rigen al ejercicio de la función pública.

1. Aspectos generales acerca del rol y el deber de garante en los delitos especiales.

La teoría de los roles en la doctrina penal está estrechamente ligada al pensamiento funcionalista propuesto, principalmente, por JAKOBS. Sin embargo, a pesar del diferente punto de partida en el que se asienta el presente trabajo, la teoría mencionada no dejará de ser utilitaria. Existen, pues, puntos de encuentro entre la teoría descriptiva de los roles y los aspectos principales que considero se deben abordar para una comprensión material de la posición que ocupa el funcionario público frente a los bienes jurídicos bajo su tutela.

Así las cosas, es importante recordar que la interacción de las personas en sociedad implica necesariamente la existencia de intereses en conflicto. Esto es, cada persona tiene necesidades específicas e intereses que desea satisfacer y, en ese marco, sus intereses particulares entrarán en conflicto con los intereses particulares de otras personas o de relevancia para la sociedad en su conjunto. En esa línea, BINDER se pronuncia al respecto en los siguientes términos: “Toda sociedad se caracteriza por un cierto nivel de conflictos. ¿Por qué? Porque en toda sociedad, al menos en el curso de la historia, o bien hay escasez de bienes –entendiendo el término en su sentido más amplio- con relación a los deseos de los individuos, o bien hay desacuerdo respecto del modo de distribución de esos bienes, o bien hay desacuerdo respecto del modo de organizar la sociedad misma. Por ello resulta prácticamente inevitable un cierto grado de conflicto social”²⁰⁵. En aras a una convivencia pacífica y propender lo máximo posible el logro del desarrollo libre de la personalidad –consagrado, por cierto, como un derecho, en el artículo 2º (1) de la Constitución Política del Perú- es necesario el establecimiento de límites a la esfera de actuación libre de toda persona. De esa manera, puede proveerse a la sociedad de una pacífica convivencia en igualdad de condiciones.

Si bien he adelantado algunos breves comentarios acerca de los “roles” en el primer capítulo, me interesa recordar nuevamente que cada persona asume distintos roles en la sociedad. La aceptación de que toda persona asume un rol en la sociedad equivale a aceptar indefectiblemente que el rol –sea cual fuere- le asigna al portador del mismo un conjunto de

²⁰⁵ BINDER, Alberto M.: Óp. cit. p. 29.

derechos y obligaciones. En efecto, los ciudadanos tenemos la expectativa de que cada persona respete los límites y el haz de obligaciones que le impone su rol, sin embargo, éstas no son el objeto de protección de la norma penal tal como he hecho referencia en capítulo anterior. Es preciso acotar también que las expectativas a las que he hecho referencia deben ser consideradas, en todo caso, desde una perspectiva racional y no puramente sensorial; en otras palabras, son las expectativas que provienen de la norma. Desde la doctrina penal se sostiene, en un sentido *prima facie* compartido aquí, que existen dos clases de roles: el rol “negativo” y los roles “positivos”. Así, en el caso del rol “negativo”, este implica que organicemos nuestra esfera de actuación de manera que no impidamos el ejercicio de los derechos de terceros. Se trata entonces, de un rol que nos corresponde a todas las personas y se traduce también en el deber de “no dañar a nadie” (*neminem laedere*). Por su parte, el autor SÁNCHEZ-VERA, afirma lo siguiente al respecto: “El quebranto de ésta institución negativa da lugar a los llamados delitos de organización o de dominio del hecho. En palabras de Jakobs, el autor de estos delitos extiende su ámbito de organización de forma no permitida a costa de ámbitos de organización ajenos; o, expresado en palabras de los autores citados, el autor ‘daña’, ‘no respeta la libertad ajena’ o ‘a los demás como personas’. Dicho de otra forma, el autor organiza defectuosamente”²⁰⁶.

Por otro lado, se encuentran los roles positivos. Al respecto, SÁNCHEZ-VERA realiza los siguientes comentarios, a propósito de su concepción de los delitos de infracción de deber²⁰⁷: “En estos delitos lo relevante no es –aunque lo haya– el dominio sobre un suceso, sino la infracción de un deber específico que sólo incumbe al autor, a saber, el deber impuesto por una institución positiva”²⁰⁸. Por su parte, POLAINO-ORTS se refiere a estos roles positivos denominándolos “especiales” y definiéndolos en los siguientes términos: “(...) los roles especiales son los que obligan únicamente a aquellos sujetos que se encuentran en una posición especial, concreta, determinada, que les distingue y les individualiza frente al resto de los ciudadanos: por ejemplo, el rol de funcionario público (...), por ello, no son deberes de solidaridad mínima, sino deberes de garante porque generan una incumbencia singular, específica, a la que únicamente se puede llegar mediante la titularidad del rol especial”²⁰⁹.

Los roles positivos, pues, implican una obligación especial para quien los porta. Así, la obligación respecto de un rol positivo se traduce en garantizar las condiciones de seguridad del interés particular sobre el que se tiene incidencia en el marco de las facultades que se tengan;

²⁰⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: *Delito de infracción de deber*. / En: “*El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Gunther Jakobs*”. Coord.: Eduardo Montealegre Lynett / Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 273. En posición similar –aunque prefiriendo la denominación de rol “común”–, POLAINO-ORTS, Miguel: “*Imputación objetiva: esencia y significado*” / En: “*Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho Penal*”. Coord.: Miguel Polaino Navarrete / Lima, Grijley, 2009.

²⁰⁷ Cabe recalcar que más adelante me referiré a esta clasificación con la que no me encuentro necesariamente de acuerdo, por lo menos, con su formulación excesivamente formalista, no así con una perspectiva material de esta clase de delitos (de infracción del deber o los denominados en Alemania “*Pflichtdelikte*”).

²⁰⁸ Ídem. p. 275.

²⁰⁹ POLAINO-ORTS, Miguel: “*Imputación objetiva: esencia y significado*” / En: “*Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho Penal*”. Coord.: Miguel Polaino Navarrete / Lima, Grijley, 2009. pp. 28 y 29.

implica, por lo tanto, un deber de no permitir que otros lesionen o afecten el interés detrás del rol positivo. En el caso de los delitos de infracción de deber –que implica, según la teoría funcionalista, la existencia de un rol positivo–, sostiene JAKOBS que estos “se caracterizan precisamente porque el autor no determina mediante una organización libre la extensión de sus deberes, sino que estos le son adjudicados como consecuencia del status que ostenta dentro de la institución de que se trate (...)”²¹⁰. Sin embargo, sobre los delitos de infracción del deber, no basta decir, desde la posición compartida aquí, que sea suficiente sostener que la mera infracción del deber o rol institucional sea el fundamento de la imputación penal correspondiente de este grupo de autores, pues la infracción de los roles sin afectación a un bien jurídico penalmente relevante pueden ser sancionados por otras esferas del derecho –por ejemplo, por el derecho administrativo–. Se requiere, desde el punto de vista penal, y ya tomando prestados los criterios de la teoría de la imputación objetiva, la creación de riesgos prohibidos que afecten a bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. Por otro lado, cabe mencionar, el portador de un rol positivo no por ello deja de ser portador de los roles negativos –el rol que incumbe a todas las personas–.

En consecuencia, y citando a POLAINO-ORTS al referirse a los roles en general: “El punto de partida en el mundo social es, pues, el reconocimiento del rol de cada uno: la posición que cada sujeto ocupa en la realidad. (...) El rol social que cada uno desempeña nos da la medida de su propia responsabilidad en la gestión de cada parcela social”²¹¹. En esa línea, el ejercicio del rol comporta consecuencias y delimita responsabilidades, después de todo, como también sostiene el citado autor, “todo rol se compone de manera imprescindible de un aspecto formal (‘una etiqueta en la solapa’) y de un aspecto material: el haz de derechos y deberes convencionalmente (socialmente) asociados a ese rol”²¹². Precisamente a este último aspecto me referiré más adelante con mayor énfasis. Baste decir, por ahora, que los roles están dotados de un contenido –el aspecto material– que fundamenta la imputación correspondiente.

Tal y como indiqué al inicio, no parto necesariamente de las mismas bases que han ido postulando las escuelas dogmáticas a las que pertenecen varios de los autores citados, sin embargo, considero importante establecer algunos conceptos, aunque, claro, interpretadas desde una perspectiva particular en lo que corresponda. Es cierto, las personas ejercemos distintos roles o, en otros términos, interaccionamos a través del ejercicio de distintas actividades, que engloban una serie de obligaciones y derechos concretos. Sin embargo el derecho penal no puede distanciarse de la consideración esencial de que esos “roles” los ejercemos personas, y la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado!²¹³. Por ello, el punto de partida luhmanniano y también postulado por AMELUNG, no lo considero correcto; así,

²¹⁰ JAKOBS, Günther: *“La imputación penal de la acción y de la omisión”*. Traducción: Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 55.

²¹¹ Ídem. pp. 20 y 21.

²¹² Ídem. p. 27.

²¹³ Artículo 1° de la Constitución Política: *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*.

JAKOBS comenta acerca de la poca acogida de los postulados de AMELUNG en los siguientes términos:

Amelung parte de la teoría de sistemas de Parsons y del primer Luhmann y designa un 'modo de actuar' como 'socialmente perturbador... cuando resulta perjudicial para la concepción permanente del sistema (social, G.J.) sobre la solución de sus problemas de existencia'. ¿Por qué se refiere Amelung al sistema social y no a la persona? Él mismo responde: 'Si el Derecho Penal ha de garantizar las condiciones de la vida humana en comunidad, entonces la reflexión debe tener su origen necesariamente en el sistema social, y no en la persona'²¹⁴.

El foco de atención –desde esa postura- está pues en el Sistema Social –en la sociedad- como una realidad determinada respecto de la cual se construyen sistemas de imputación para proteger expectativas sociales. Sin embargo, el propio Amelung –citado por JAKOBS- sostiene que el derecho penal debe garantizar las condiciones de la vida humana y de hecho, a pesar que no se debe entender a la vida humana individualmente considerada sino siempre en constante interacción –para efectos penales-, no habría, desde mi punto de vista, razón para trasladar la reflexión central y pura a una entidad tan abstracta. Reconocer que en la sociedad y en determinados contextos las personas ejerzamos distintos roles nos ayuda a definir competencias –para efectos de la imputación-. Cada competencia en base al concreto rol que ejerzamos se ve limitado en busca de una finalidad: si es el rol negativo, el de proteger los bienes jurídicos “ajenos”; si es el rol positivo, dependerá de cuál se trate pero siempre implicará una posición de garante frente a bienes jurídicos. Asimismo, el incumplimiento del rol es penalmente relevante en la medida en que con dicha infracción se hayan afectado bienes jurídicos. Es cierto, incumplir con el rol limitado por la norma penal es apartarse del derecho, pero –nuevamente- las expectativas de la sociedad de que se cumpla una norma –el derecho- no es el centro de atención del derecho penal –de hecho, las expectativas de que todas las normas se cumplan es una expectativa que se tiene en cualquier área del derecho. La construcción en clave de roles nos sirve, pero no se parte desde un enfoque puramente formal. Ello, es importante aclararlo para evitar confusiones respecto a las perspectivas adoptadas aquí. En todo caso, el rol puede ser entendido como una posición o una relación concreta en términos genéricos. Más adelante realizaré un comentario más concretizado sobre este aspecto.

Así, en cuanto a los funcionarios públicos en concreto, desde la perspectiva de los roles a los que hacía referencia, éstos son portadores de un rol positivo, y en tal sentido, tienen una posición de garante²¹⁵ respecto de las competencias específicas que tiene asignadas y las normas

²¹⁴ JAKOBS, Günther: “¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho Penal” /En: “Legitimación del derecho penal”/ Lima, ARA Editores, 2002. pp. 14 y 15.

²¹⁵ Sobre el origen de la “teoría de la posición de garante”, Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “Parte general del Derecho Penal”. Navarra, Aranzadi, 2010. p. 394. El autor al referirse a las conductas “pasivas” que generan resultados lesivos –caso de la omisión impropia-, explica que para dar explicación a ello, NAGLER “formuló la tesis del deber de garantía o de la posición de garante: en estos delitos los que realmente caracterizaba al autor era precisamente que él era, frente al Derecho, frente a la sociedad, el garantizador, el que respondía de que aquel resultado no se produjera. La enfermera, por ejemplo, garantiza que el enfermo recibirá la medicación; el encargado de la custodia de un niño garantiza que éste no sufrirá ningún daño, etc. Sin embargo, QUINTERO OLIVARES sostiene: “La ley penal no dice quién es garante, y desde luego pueden darse casos en los que concurren distintas posiciones especiales (por ejemplo, varias enfermeras y médicos a la vez); y del mismo modo son diversas las

que regulan el sector en donde desenvuelve sus actuaciones. Respecto a los roles positivos, denominados también por SÁNCHEZ-VERA “instituciones positivas”, “lo relevante no es –aunque a su vez pueda concurrir- el dominio sobre un suceso, sino la infracción de un deber específico que sólo incumbe al autor, a saber, el deber impuesto por una institución positiva”²¹⁶. Sobre lo mismo, agrega el autor que “el fundamento de la sanción reside en que se incumplen las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial positivo – (...) el rol del funcionario público-”²¹⁷. Sin embargo, y desde mi punto de vista interesa acotarlo nuevamente, si bien el incumplimiento del rol que encierra un tipo penal concreto tiene como consecuencia la imposición de la sanción, el verdadero y último fundamento se encuentra en el significado que encierra el incumplimiento del rol –no el solo hecho de la infracción del rol- que en el caso del funcionario público, será la afectación a un bien jurídico concreto. Por otra parte, la aseveración acerca del dominio del suceso puede ser discutible: sin pretender ingresar en un debate innecesario acá sobre el dominio del hecho, desde cierta perspectiva también podría decirse que quien no cumple con sus deberes y obligaciones frente al bien jurídico estando obligado a hacerlo –como es el caso de los funcionarios públicos- domina el suceso lesivo al no tutelar el bien, o, en todo caso, al no impedir que otros lo lesionen. Sin embargo lo comentado, la consideración de los delitos contra la administración pública como delito de infracción de deber es la postura acorde con la posición que ocupa el funcionario como garante frente a la sociedad y a la administración de llevar a cabo los fines de aquella.

En tal sentido, las competencias asignadas a los funcionarios públicos –el rol positivo- se asignan para hacer posible una administración pública eficaz respecto a los fines institucionales que cumple frente a la ciudadanía –ciertamente, tomando en consideración la dimensión amplia de ésta y la división del trabajo en sistemas jerarquizados e institucionalizados. Así mismo, SÁNCHEZ-VERA propone un ejemplo bastante gráfico respecto del caso del funcionario público: “que el funcionario público encargado de la custodia de un preso le ayude a fugarse incumpliendo su deber funcional mediante la acción de abrir la puerta cerrada, o mediante la omisión de cerrar por la noche la que durante el día se encontraba abierta, es absolutamente intrascendente para la tipicidad del delito de quebrantamiento de condena llevada a cabo por un funcionario a favor de preso a su cargo”²¹⁸. En razón a los deberes jurídicos concretos que tenga impuestos el funcionario público, éste se ubica en la posición de garante (garante del mantenimiento de las condiciones de seguridad del bien jurídico)²¹⁹.

Como se ha manifestado por parte del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP)– Proyecto Anticorrupción-: “La posición de garante no SOLO se debe a la formalidad del status (una posición que ocupa el sujeto en la sociedad o institución), sino SOBRETUDO al ejercicio material del mismo, es decir, a

fuentes de nacimiento de los deberes de garante, y no todas serán únicamente aceptadas como tales en orden a fundamentar la responsabilidad criminal”.

²¹⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: Óp. cit. p. 275.

²¹⁷ Ídem. p. 276.

²¹⁸ Ídem. p. 282.

²¹⁹ Justamente, en virtud de ello, les corresponde también la imputación en comisión por omisión.

las distintas funciones a través de las cuales el sujeto asume libremente la responsabilidad por el bien jurídico”²²⁰

Como dije inicialmente, al comentar la teoría de los roles, no partimos de la misma base dogmática de los propulsores de aquella pero sí lo considero un criterio efectivo para una comprensión completa de la posición ejercida por las personas en general en un contexto penalmente relevante; esto es, desde un punto de vista del que no podemos deslindarnos: cuando nos referimos a una conducta penalmente relevante, no hacemos sino referencia a una persona –el sujeto activo- y a un contexto de interacción social y normativa.

Respecto a la posición de garante en concreto, me interesa realizar algunos comentarios. La posición de garante implica que el sujeto portador de esa posición pueda cometer el delito en comisión por omisión –aunque no necesariamente para toda la doctrina²²¹-. Sin embargo, más allá de las consecuencias, a nivel de imputación, que dicta la norma, lo importante es recordar que la posición especial que ocupa el funcionario público frente al bien jurídico le impone un haz de deberes de hacer -para preservar el bien- y de no dejar hacer a otros afectar las condiciones de seguridad del mismo.

Desde la dogmática y, por ejemplo, desde el punto de vista de CARO JOHN –siguiendo éste los postulados del Prof. JAKOBS- los deberes de garante “(...) pueden presentarse del modo siguiente, como a) deberes de aseguramiento, b) deberes de salvamento y c) deberes por asunción”²²². Según el autor, en el primero de los casos “el obligado tiene a su cargo la administración de una fuente de peligro con la responsabilidad que de ella no se deriven lesiones para los demás”²²³; en el segundo de los casos, “los deberes de salvamento se activan para el portador de un deber de garante cuando de su ámbito de organización ha salido un peligro que puede alcanzar a un tercero y lesionarlo en sus derechos (...) su deber es de inhibir el peligro creado”²²⁴ –en éste último grupo, el autor incluye a la *injerencia* como fuente de deber de garante-; por último, en el caso de los deberes de asunción, “el obligado amplía su ámbito de competencia asumiendo voluntariamente una obligación de la que no se puede desentender”²²⁵.

Con todo, la posición de garante que ocupa el funcionario público, le impone a éste deberes positivos de garantizar la incolumidad del bien jurídico así como de impedir que

²²⁰ MONTROYA VIVANCO, Yván (y otros): “Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública”. Lima, IDEHPUCP, 2013. p. 44.

²²¹ Por citar un ejemplo, el autor español ENRIQUE BACIGALUPO resalta el debate doctrinal en torno a la consideración de la existencia de una posición de garante en cualquier clase de delito, ya sean omisivos, activos, especiales o comunes. Según sostiene, en el caso de los delitos comunes de realización activa la posición de garante se fundamenta en la realización de la acción y en un “elemento caracterizado por ‘la lesión de un deber de evitar’, que también alcanzaría a los tipos activos”. Sobre esto, Cfr. BACIGALUPO, Enrique: “Derecho Penal. Parte general”. Lima, ARA Editores, 2004.

²²² CARO JOHN, José Antonio: “Identidad de imputación a la acción y omisión” / En: “Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho Penal Funcionalista” / Lima, ARA, 2010. p. 253.

²²³ Íbidem.

²²⁴ Íbidem y p. 254.

²²⁵ Íbidem.

terceros lo lesionen. En virtud de ello, y como ocurre con los demás delitos de infracción de deber, cabe la imputación por autoría tanto por acción como en comisión por omisión, como se ha indicado precedentemente.

Recordemos respecto a lo último que la comisión por omisión está regulada en el artículo 13° del Código Penal peruano en los siguientes términos: “El que omita impedir la realización del hecho punible será sancionado: 1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo; y 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada”. Si bien no pretendo desarrollar aquí en concreto lo relativo a la comisión por omisión, respecto de este precepto me interesa destacar las fuentes de posiciones de garante que reconoce el Código Penal. Según el primer numeral del precepto citado, las fuentes de la posición de garante son el deber jurídico y la injerencia. IVÁN MEINI, sostiene que, en el caso del deber jurídico, la norma se refiere al contrato y la ley como fuentes del deber de garante y en el caso de la creación de un peligro inminente se hace referencia a la injerencia²²⁶. En la misma línea, QUINTERO OLIVARES –comentando el artículo 11° del Código Penal español, de redacción similar a nuestro artículo 13°- sostiene: “El inciso segundo del artículo 11 CP, como ha quedado expuesto, alude a determinadas fuentes formales de la posición de garante: concurrencia de una específica obligación legal o contractual de actuar y creación de un riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente (injerencia)”²²⁷. Por su parte, GARCÍA CAVERO sostiene que la consideración del contrato y la Ley como fuentes de la posición de garante es una perspectiva formal de alguna manera superada a partir de la “teoría de las funciones” propuesta por ARMIN KAUFMANN: “(...) surge la teoría de las funciones desarrollada por Armin Kaufman, en donde se distinguen las posiciones de garantía según que al garante le

²²⁶ Cfr. MEINI MÉNDEZ, Iván: “Comisión por omisión”/ En: “Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho Penal”/ Lima, ARA Editores, 2009. En ese mismo sentido, ROXIN, Claus: “Injerencia e imputación objetiva”. Lima, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales (RPDJP), 2006. Así, por ejemplo, ROXIN hace referencia a la clasificación alemana respecto a las fuentes de la posición de garante – asunción de una función de protección y deber de control de la fuente de peligro- que él considera como injerencia. La injerencia es -en palabras del prestigioso autor alemán- cuando “la realización de una situación de peligro fundamenta el deber de evitar el resultado típico que probablemente surja de dicha situación”. Tal como sostiene la doctrina al referirse a la injerencia como fuente de la posición de garante, debe existir previa al *deber de evitar*, una “conducta precedente” –el actuar o comportamiento precedente- de manera voluntaria. ROXIN expone las limitaciones de la posición de garante injerencia, a saber: que la conducta precedente genere un riesgo jurídicamente relevante y, por otro lado, no hay posición de garante por injerencia si entre la conducta precedente y el resultado “inminente” no hay una relación final. La consideración de que la conducta precedente tenga que ser antijurídica obstruye la posibilidad de considerar a la injerencia como la fuente de todas las posiciones de garante. Es posible la asunción de posición de garante en casos como la comunidad de vida en donde la conducta precedente –de sumarse o formar parte de la comunidad- no es antijurídica y por tanto su tratamiento no sería considerada como injerencia.

²²⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “Parte General del Derecho Penal”. Navarra, Aranzadi, 2010. pp. 399 y 400. Además, respecto de la injerencia como fuente de posición de garante, el autor manifiesta: “Por lo que respecta a la inclusión del principio de injerencia (creación de una ocasión de riesgo para el bien jurídico, por parte del omitente, mediante una acción u omisión precedente), debe interpretarse que el artículo 11 CP sólo permite la atribución dolosa del resultado a la conducta omisiva (comisión por omisión), cuando el sujeto genera un daño o lesión cuya evolución puede ser controlada por tal sujeto; la posibilidad de que el peligro se convierta en daño se inscribe en la órbita de absoluto control del sujeto omitente. Por esta razón responde del resultado producido, que pudo ser evitado”.

corresponda la función de protección de un bien jurídico o la función de control de una fuente de peligro”²²⁸. En el caso particular del funcionario público –sujeto activo en el delito de enriquecimiento ilícito-, la posición de garante puede tener como fuente el contrato y/o la Ley. Ciertamente, ha asumido un deber jurídico pero no se trata del solo haz de deberes descritos formalmente sino de lo sustancial de su posición frente al bien jurídico. Si bien, un funcionario o servidor público que se encuentre dentro de la carrera administrativa se compromete contractualmente –un contrato o régimen laboral específico-, sus deberes están regulados, previstos, comprendidos y limitados en la Ley y no solo en el contrato que lo sujeta laboralmente con determinada institución y a determinadas competencias. Un contrato, por otro lado, no puede ir *contra legem* en casos como este.

2. La calidad de funcionario público.

Si bien la postura asumida en este trabajo es el de los delitos de infracción de deber con particulares matices que incluyen la consideración imprescindible del fundamento material que debe encontrarse entre la posición jurídica que ocupa el funcionario y su vinculación con el bien jurídico. Lo dicho no se contradice con la consideración formal de éstos como delitos especiales propios o impropios –dependiendo del tipo penal de que se trate- o, incluso, con la consideración de delitos de infracción de deber en el sentido funcionalista del término –de allí que me haya servido de algunas de sus consideraciones para explicar este apartado-; lo que se destaca aquí es que no basta dicha consideración para fundamentar la imputación ni entender en su dimensión precisa en qué consiste y por qué existe la responsabilidad de un funcionario en los delitos contra la administración pública –a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con un delito cometido por particulares en contra de este bien jurídico.

Así, la distinción realizada por la clasificación de los delitos como especiales propios e impropios nos indica tan solo que el tipo penal exige como sujeto activo a alguien con la cualificación específica. Desde una posición similar es, por ejemplo, VÍCTOR GÓMEZ:

Definidos, pues, los delitos especiales como aquellos delitos de los que sólo puede ser autor, en el sentido ontológico del término, aquel sujeto en quien concurren los elementos, cualidades, relaciones o propiedades exigidos por la ley, e incorporado a dicho concepto el elemento consistente en que la delimitación del círculo de posibles autores se encuentre justificada en términos de protección del bien jurídico, procede conocer ahora cuándo puede considerarse que esto último ocurre. ¿Cuál es la razón material que impulsa al legislador a restringir el círculo de posibles autores de un delito con el objeto de proteger adecuadamente el correspondiente bien jurídico?²²⁹.

²²⁸ GARCÍA CAVERO, Percy: “La comisión por omisión en el Código Penal peruano” / En: “Modernas tendencias de dogmática penal y Política Criminal”. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez/ Lima, IDEMSA, 2007. p. 400.

²²⁹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor: “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria”. / En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Granada, 2012, N° 14-01. Link de la web: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-01.pdf> (p. 3). Visitada el 10 de marzo de 2014. El autor también recoge las posturas debatidas en doctrina respecto de los delitos especiales y su fundamento. Así, realiza un recorrido por

En tal sentido, el autor descarta su adhesión a la “teoría de la norma especial” –cuyos propulsores serían BINDING y NAGLER- considerándola formal y tautológica²³⁰.

Desde un punto de vista sustancial, ello no nos indica aún el fundamento que comentaba SÁNCHEZ-VERA respecto de la sanción –y que, por cierto, aquí se acotara con cierto matiz-, pues toda persona que tenga la cualificación de “funcionario público” no necesariamente responderá por el delito concreto. Me explico: la calidad de funcionario público es un primer paso –si se quiere-, el segundo y principal es establecer –en el marco de esa cualificación- que competencias específicas tiene asignadas el funcionario. En otras palabras, ¿qué significa que ocupe determinado rol? Dependerá de esas competencias –deberes- el considerar si el sujeto cualificado puede ser imputado como sujeto activo del delito, pues son las competencias asignadas las que nos indicarán en un primer momento su vinculación con el bien jurídico –concreto- al que nos estemos refiriendo.

Por ejemplo, ABANTO VÁSQUEZ sostiene al respecto: “(...) como buena parte²³¹ de los delitos contra la Administración Pública constituyen ‘delitos especiales’, donde el círculo de autores está circunscrito solamente a un grupo de sujetos que reúnen la cualidad exigida en el tipo penal (los intranei), cualidad que mayormente consiste en el carácter de ‘funcionario público’ (...) los demás sujetos (...) al no poseer dicha cualidad no podrán ser nunca considerados como autores, así hayan tenido dominio del hecho (los extranei)”²³². El autor, haciendo algunos comentarios sobre la participación de los extraneus en delitos especiales, sostiene la inconveniencia de aplicar la teoría de la lesión de los deberes sin, claro está, descartarla de plano: “Esta teoría ha sido criticada²³³, sin desmerecer su acierto de destacar la ‘infracción del deber’ existente en los delitos especiales (...) en cuanto a que iría demasiado

diversas teorías: teoría de la norma especial, teoría del deber jurídico especial, teoría de la posición especial y teoría del dominio normativo del hecho.

²³⁰ Ídem. p. 8. Cabe aclarar que la denominada teoría de la norma especial no es más que el *nomen* con el que se conoce a la clasificación, por todos conocida, de los delitos entre los comunes y especiales –específicamente, un argumento respecto a los delitos especiales en donde la norma requiere un status o cualificación concreta del sujeto activo-. En esa misma dirección, GÓMEZ MARTÍN descarta la “teoría de los elementos del deber jurídico especial”, propuesto por WELZEL, como el fundamento material de la imputación en el caso de los llamados delitos especiales: “(...) la teoría de los elementos de deber jurídico especial de los tipos ‘abiertos’ defendida por Welzel, participa del defecto común del que adolecen las teorías ‘normológicas’ del delito: es incapaz de aportar un criterio válido que permita discernir las diferencias valorativas existentes entre la tipicidad y la antijuricidad” (p. 10). Recordemos que esta teoría encuentra un fundamento en la diferencia trazada por cierto sector de la doctrina entre las normas penales descriptivas y las normas penales preceptivas y su relación con la forma como se contradice la norma –ya sea por que se realiza lo que la norma prohíbe o se omite hacer lo que la norma prescribe.

²³¹ Entiendo que el autor aquí separa a aquellos delitos contra la administración pública cometidos por particulares contra la administración pública de aquellos materia de este trabajo, esto es, los delitos contra la administración pública cometidos por funcionario públicos.

²³² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: Óp. cit. p. 47.

²³³ Refiriéndose el autor a la teoría de ROXIN de clasificar en delitos de dominio y delitos de infracción del deber dependiendo de si es necesario el dominio del hecho (delitos de dominio) o la infracción de deberes concretos (delitos de infracción de deber) para fundamentar la autoría. Cfr. ROXIN, Claus: “Autoría y dominio del hecho en derecho penal”, Madrid, Marcial Pons, 2000.

lejos y atentaría contra el ‘principio de legalidad’ al extender mucho la ‘autoría’ en los delitos especiales”²³⁴.

Respecto a los delitos especiales, GÓMEZ MARTÍN, considera importante diferenciar entre *delitos especiales en sentido estricto* y *delitos especiales en sentido amplio*. En el primer caso, solo podrían ser considerados autores, determinados sujetos que se encuentran en una posición especial respecto del bien jurídico y que se tratarían –según así los denomina– de delitos especiales de posición. En el segundo caso, la restricción de autores se circunscribe a razones de tipificación de “una determinada realidad fenomenológica habitual” y que se tratarían, según la terminología utilizada por el autor, de los delitos especiales con elementos meramente tipificadores. Para el autor, el fundamento de la responsabilidad penal a título de autoría de los funcionarios públicos, se encuentra ubicado en los delitos especiales de posición pues en dichos casos la *indemnidad* del bien jurídico depende de un círculo de sujetos que ostentan la titularidad formal y material respecto de las competencias asignadas para mantener las condiciones de seguridad de dichos bienes jurídicos²³⁵.

Por su parte, GÁLVEZ VILLEGAS en su trabajo sobre enriquecimiento ilícito sostiene que como en cualquier caso de delitos contra la administración pública, se trata de “delitos especiales” al exigirse una cualificación especial pero no niega por ello que se trate también de un delito de infracción de deber. En tal sentido, sostiene enfáticamente: “(...) podemos decir que para los delitos contra la Administración Pública en nuestro medio, y sobre todo para el delito de enriquecimiento ilícito, la teoría que acepta la división entra delitos de dominio o acción y delitos de infracción de deber es la que más se ajusta a los verdaderos fines del derecho penal”²³⁶. En una lógica similar²³⁷, GARCÍA CAVERO y CASTILLO ALVA en su monografía acerca del delito de colusión sostienen:

En la medida que los delitos de funcionarios se estructuran sobre la lógica de la infracción de un deber positivo, es necesario que el funcionario público que actúa como autor tenga atribuido el deber específico que sustenta el delito especial. Como ya lo indicamos, el delito de colusión desleal se sustenta en el deber atribuido a un funcionario público de resguardar los intereses estatales en la contratación o adquisición de bienes o servicios para el Estado, lo que implica una

²³⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Óp. cit. p. 55

²³⁵ Vid. Óp. cit. Al respecto, interesa acotar que el autor divide a los delitos especiales de posición en *delitos especiales de posición institucional* y *delitos especiales de posición no institucional*. Según él: “(...) la constelación delictiva más característica de lo que hemos llamado delitos especiales de posición institucional son los delitos de funcionarios” (p. 22).

²³⁶ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Óp. cit. p. 173.

²³⁷ Si bien no se hace un desarrollo extenso al respecto –al ser un trabajo sobre parte especial–, es conocida la postura funcionalista de GARCÍA CAVERO quien se adhiere a los postulados de JAKOBS. A pesar de la común referencia a los delitos de infracción del deber entre ROXIN y JAKOBS, éste último propone diferencias en cuanto a la clasificación de los delitos para efectos de la determinación de la autoría, así –y como ya se recordó en alguna cita previa– mientras que para ROXIN la bifurcación se encuentra entre los “delitos de dominio” y “delitos de infracción del deber”; para JAKOBS ésta se encuentra entre los “delitos de organización” y los “delitos de infracción del deber”, siempre atendiendo a la infracción de los roles generales de no dañar (para el primer caso) y los positivos o institucionales (para el segundo caso).

intervención en el proceso de selección o en la ejecución de los contratos celebrados para las adquisiciones públicas²³⁸.

En consecuencia, estos autores, no parecen descartar de plano la consideración de estos delitos como “especiales”, sin embargo, la categorización formal no bastaría para fundamentar la responsabilidad penal en los funcionarios públicos como sujetos activos de estos delitos. El comentario citado de GARCÍA CAVERO y CASTILLO ALVA no hace sino confirmar la postura aquí adoptada que es la de enfocar el deber especial no en cuanto a la formal calificación del sujeto como funcionario público –y con ello la sola referencia al artículo 425° del C.P. para determinar si el sujeto concreto puede ser imputado autor del delito- sino en tanto el haz de deberes generales y concretos²³⁹ que como funcionario público tiene asignados: no todos los funcionarios públicos tienen la competencia de negociar los contratos en representación del Estado.

La relevancia de dar un paso más que quedarnos en una conceptualización formal en los delitos contra la administración pública, ha sido manifestada por VÁSQUEZ-PORTOMEÑE de manera clara:

La opción por un análisis estructural del delito especial ha determinado una sensible modificación de la categoría. Esa tipología no se integrará ya, sin más, por aquellas figuras cuyo autor se halle en una posición formal de deber desvinculada del contenido de injusto, sino sólo por las que se caracterizan por la posición jurídica o fáctica en que el sujeto se halla frente al bien jurídico por consecuencia de cualidades, estados, condiciones o situaciones reclamadas explícita o implícitamente como elementos esenciales de la norma penal²⁴⁰

3. Acerca de la noción de función pública y su vinculación con la posición de funcionario público.

Para comprender mejor lo dicho, considero preciso establecer la noción de “función pública”; si bien, con anterioridad a este apartado he hecho referencia a rol institucional de la Administración Pública, en cuanto al concreto ejercicio de las competencias de quienes hacen posible su funcionamiento efectivo desde sus distintas dimensiones –esto es, de los funcionarios y servidores públicos-. Así, FIDEL ROJAS anota tres perspectivas desde las que se conceptualiza a la función pública: a) concepción material de destino o teleológica; b) concepción legal-formal; y c) concepción mixta o ecléctica.

Acerca del concepto material, el autor manifiesta lo siguiente: “(...) existirá función pública siempre y cuando las actividades realizadas o por realizar, se hallen destinadas al

²³⁸ GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José: “*El delito de colusión*”. Lima, Grijley, 2008. p. 33.

²³⁹ Ello con referencia a los principios (y deberes) que rigen a todo funcionario público frente a las concretas competencias asignadas o el sector del ejercicio de su función. Así, por ejemplo, la obligación de presentar declaración jurada en virtud del principio de transparencia se presenta como un deber general y al margen de las funciones que efectivamente ejerza el funcionario.

²⁴⁰ VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando: Óp. cit. pp. 316 y 317.

interés colectivo o al bien común”²⁴¹. Sin embargo, FIDEL ROJAS también anota dos corrientes dentro de esta concepción material: la concepción (material) tradicional-ortodoxa y la concepción (material) extensiva o ampliada. Sobre el primer caso, sostiene: “(...) cuando tales actividades macro son predicables a los agentes públicos y a los órganos públicos-estatales”²⁴², y respecto del segundo caso: “(...) cuando no se exige necesariamente que estos sujetos especiales quienes planeen, dirijan u ordenen, dejando abierta por lo mismo la concepción de entidades privadas o particulares que ejercen función pública”²⁴³. La perspectiva legal-formal se refiere, en palabras del citado autor, al “régimen jurídico que regula la actividad de la entidad generadora de la función”²⁴⁴. Para la concepción mixta, “habrá función pública cuando las actividades con destino social o de interés colectivo (...) son realizadas por organismos y agentes de naturaleza jurídica estatal o pública”²⁴⁵. De las perspectivas anotadas, considero la más funcional para los fines del derecho penal en los delitos contra la administración pública, la concepción material en su bifurcación extensiva. Esto es, para efectos penales, la concepción de la función pública no debe restringirse según el régimen jurídico que regula la entidad correspondiente – aunque claro, para efectos laborales o administrativos ello puede ser no solo suficiente sino el fundamento de los derechos en juego en esos respectivos ámbitos-, sino, antes bien, de acuerdo al acceso y vinculación que se tenga –en el marco de las funciones ejercidas- respecto del bien jurídico concreto que se protege penalmente. Nuestro Código Penal peruano no contiene un concepto “penal” de función pública ni de funcionario público –sobre lo último, en realidad, establece a través del artículo 425° los sujetos a los que se considerará funcionarios públicos para efectos de la responsabilidad penal-. Sin embargo, la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) sí contiene una definición de “función pública” como de “funcionario público”. Acerca de lo primero, la CICC sostiene lo siguiente en su artículo I de “Definiciones”: “(...) se entiende por: ‘función pública’, toda actividad temporal o permanente, remunerada y honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”²⁴⁶. La CICC tiene, por lo tanto, una definición amplia de “función pública” y que no se circunscribe a la naturaleza jurídica o régimen de la entidad respecto de la cual el funcionario público realiza sus actividades. En línea amplia también, nuestro Código Penal considera como funcionarios públicos incluso a particulares que no se encuentran en la carrera pública administrativa pero que para efectos penales, serán considerados como tales.

²⁴¹ ROJAS VARGAS, Fidel: Óp. cit. p. 25

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ *Ídem*. p. 26.

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ Cabe la acotación de que la CICC establece sus definiciones – que, como se manifestó en aparatado pertinente, nos vinculan como Estado parte de la Convención y, además, por tratarse de normas de carácter autoaplicativas no requieren de un desarrollo posterior o medida legislativa para que cobren vigencia en nuestro ordenamiento- en base a los fundamentos y fines de la Convención. La CICC se refiere a conductas de relevancia penal por lo que sus definiciones van orientadas en ese sentido.

Así, el artículo 425° C.P., expresa²⁴⁷:

Artículo 425°.- Se consideran funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que independiente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos²⁴⁸.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Antes de la modificación realizada al artículo precedentemente citado, éste debía complementarse con la definición de “funcionario público” que contiene la CICC en el artículo I: “(...) se entiende por: ‘funcionario público’, ‘oficial gubernamental’ o ‘servidor público’, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.

Como se puede apreciar –incluso sólo del inciso 7° del artículo 425° C.P. – la legislación penal peruana contiene una lista amplia de personas que serán consideradas funcionarios públicos para efectos penales. Si bien en el inciso 2 del artículo 6° se consideran como funcionarios públicos a aquellos que han sido electos por votación popular, la CICC hace referencia, además –por lo menos desde el punto de vista al que me adhiero- a aquellos sujetos que han sido elegidos por votación popular pero que aún no ejercen el cargo de facto. Esto último no contradecía la normativa penal antes de su modificación, sino que la complementaba. La inclusión del texto actual del inciso 6° del artículo 425° C.P., no hace sino recoger lo establecido por la CICC y zanjar las dudas de cierto sector doctrinal –minoritario, por cierto- sobre su aplicación automática a nuestro ordenamiento. Más allá de ello, interesa acotar que la interpretación de que la CICC contiene un concepto de “funcionario público electo” proviene del texto del artículo respectivo cuando utiliza la frase “para desempeñar actividades o funciones” –tal como se ha reproducido textualmente en el Código Penal ahora- entendiéndose

²⁴⁷ El numeral 6) fue modificado –su texto se encuentra previsto ahora en el numeral 7)- mediante Ley N° 30124, publicada el 13 de diciembre de 2013.

²⁴⁸ Al respecto, el segundo párrafo del artículo 40° de la Constitución Política sostiene: “No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”. No obstante ello, lo que cabe interpretarse de lo expresado en la Constitución es que la denotación que se le da en el citado artículo del término “función pública” es más estricta que la connotación amplia funcional para efectos penales. Cabe recordar que, en el ámbito de regulaciones sobre el ingreso a la carrera pública, se diferencia entre funcionarios y servidores públicos mientras que para el derecho penal –si bien las normas que tipifican las conductas contra la administración pública se refieren tanto al funcionario como al servidor público como sujeto activo- esa diferencia sea irrelevante para efectos de considerarlos sujetos activos.

de ello que no se exige que el sujeto electo deba necesariamente ejercer funciones para ser considerado funcionario público para efectos penales²⁴⁹. Si bien la norma podría ser más expresa al respecto, particularmente no considero que existan reparos para dicha interpretación²⁵⁰ –que por cierto, hace más efectiva la protección de la administración pública como bien jurídico penal-.

En consecuencia, la exigencia de que el sujeto activo se trate de un funcionario público – que, como ya se indicó, no se debe solo a consideraciones formales- según lo que ha establecido el legislador, no entrapa al operador judicial. Todo lo contrario, la consideración es amplia y, sin manifestarlo expresamente, confirma la posición adoptada en este trabajo: la relevancia de la relación o vinculación material entre el sujeto activo y el bien jurídico específicamente protegido.

Así mismo, considerando que un funcionario público electo –por votación popular- pero que aún no entra en funciones –fácticamente, hablando- o que no tenga la titularidad aún puede ser considerado sujeto activo para efectos penales; podemos llegar a la conclusión de que su vinculación –y capacidad de vulnerar- al bien jurídico no exige una formalidad que lo declare como tal. En otras palabras la posición o el status de funcionario público no están en relación con las formalidades que así lo declaren sino en base a la posibilidad que se tiene de disponer de aquél. Ejemplos de los últimos son el caso del funcionario electo y el funcionario “de facto” –el último de los cuáles, según ya lo ha confirmado la jurisprudencia, es considerado como sujeto activo de estos delitos-.

Como conclusión a este apartado, me interesa acotar que más allá de las consideraciones precedentes –que toman en cuenta, como dije, las parcelas o sectores competenciales de cada funcionario público (en el sentido penal del término)-, existen sobre ellas otras tantas de ineludible desarrollo y comentario. En tal sentido, es preciso recordar que existen principios que rigen la administración pública y, por tanto, el ejercicio de la función pública. Dichos principios, son de exigible respeto a todo funcionario público –sin importar que labores concretas o que

²⁴⁹ En general, desde el punto de vista administrativo, para ser considerado funcionario público se exigen algunos requisitos tales como: título, estabilidad y permanencia, juramentación y remuneración (por lo que se excluirían los funcionarios “ad-honorem”. Por su parte, en el ámbito penal se suele exigir –para los casos generales- dos aspectos, a saber: existencia de título (elemento subjetivo) y participación o ejercicio efectivo de la función pública (elemento objetivo). La excepción en el ámbito penal estaría, en todo caso, en el caso de los funcionarios electos por votación popular a los cuáles se les aplicaría lo establecido en el artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

²⁵⁰ Desde la posición de la que aquí se parte, una vez realizadas las elecciones populares que eligen a las autoridades –funcionarios públicos- y que se proclaman oficialmente los resultados por parte del organismo competente, el funcionario electo ya está en posibilidad –por la seguridad que le proporcionan los resultados oficiales (y que, por cierto, no se revertirán en la medida que se trata de la voluntad de la población expresada en votos que oficialmente lo han colocado en el cargo)- de afectar el eficaz funcionamiento de la administración pública, por ejemplo negociando ilícitamente respecto de las futuras funciones que ejercerá una vez que el título le sea otorgado y se encuentre efectivamente realizando funciones. En otra línea, algunos sostienen que no se puede interpretar un concepto de funcionario público “electo” en la CICC –sin perjuicio de considerar adecuada una disposición en tal sentido de *lege ferenda*- y que, por aplicación del principio de legalidad, no se podría considerar funcionario público a quien aún no tiene el título ni ha ejercido funciones.

vinculación específica lo relaciones con el bien jurídico-. Definitivamente, cuando un funcionario público comete un delito –que, ciertamente, implique la vulneración de un bien jurídico específico- contra la administración pública, estará vulnerando también dichos principios.

En el caso particular del tema tratado en este trabajo, existe, adelanto, una coincidencia entre aquello que se considera el bien jurídico protegido específicamente y alguno de los principios aludidos.

A continuación, entonces, me interesa poner énfasis en los principios que rigen la actividad de los funcionarios públicos. Si bien están sujetos, como dije, a un régimen contractual-laboral específico, también lo están a la Ley, pero además, las leyes en general deben respetar los principios. Después de todo, en el caso de la Administración Pública, la legitimación de la institución depende del respeto y consideración de los mismos.

4. Principios que rigen la Administración Pública y el ejercicio de la función pública.

Al margen de que, como se ha apuntado en el apartado anterior, el concepto de funcionario público aplicado al ámbito penal sea más amplio que en el caso del derecho administrativo, es ineludible tener en consideración los principios que rigen la labor funcional. La Constitución Política contiene una serie de dispositivos que vinculan directamente al poder público –en general a la actividad del ejecutivo, la de organismos autónomos, la del poder legislativo y la del poder judicial-. En concreto, respecto a la función pública, nuestra carta constitucional establece en el artículo 39° lo siguiente: “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación (...)”. Por su parte, y de acuerdo con el principio de transparencia, el artículo 41° expresa: “Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos (...)”. A pesar de que la Constitución se refiere en el artículo 40° al ingreso a la carrera administrativa²⁵¹ –la cual está regida por el Decreto Legislativo N° 276- de la que excluyen a los funcionarios de confianza o que ocupen cargos políticos, el último de sus párrafos hace referencia también a la publicación de los ingresos que perciban los altos funcionarios –que, como sabemos, pueden estar conformados por funcionarios elegidos por votación popular tal como es el caso del Presidente de la República como el de los Congresistas²⁵²-. “Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos”.

²⁵¹ El artículo 40° de la Constitución, expresa: “La ley regula el ingreso a la carrera administrativa y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno o más por función docente (...)”.

²⁵² La Constitución establece en el artículo 39° (segundo párrafo), lo siguiente: “El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley”.

Por otra parte, para desarrollar más específicamente los principios que rigen la función pública y en base a su absoluta relevancia para hacer efectivos los fines de la Administración Pública en bienestar de la sociedad en su conjunto, en agosto de 2002, se publicó la Ley N° 27815 –Ley del Código de Ética de la Función Pública. En principio, tal como establece el artículo 4° de esta ley, su aplicación se extiende a todo aquel que ejerce funciones al servicio del Estado –se entiende que está al servicio de éste para llevar a cabo sus fines frente a la sociedad- estén o no comprendidos en la carrera administrativa. Así, el citado precepto no excluye del ámbito de aplicación de esta ley a los funcionarios de confianza o electos por votación popular²⁵³. Ya en el Capítulo II titulado “Principios y Deberes Éticos del Servidor Público” desarrolla tanto los principios como los deberes de la función pública en dos artículos distintos.

En ese sentido, según el artículo 6° de la citada Ley, los *principios* de la función pública son los siguientes: respeto, probidad, eficiencia, idoneidad, veracidad, lealtad y obediencia, justicia y equidad, y lealtad al Estado de Derecho. Por su parte, el artículo 7°, refiriéndose a los *deberes* de la función pública, establece como tales a los siguientes: neutralidad, transparencia, discreción, ejercicio adecuado del cargo, uso adecuado de los bienes del Estado y responsabilidad. Dentro los citados principios y deberes, me interesa colocar el acento a algunos de estos tal como los define el Código de Ética, sin perjuicio de considerar a todos de alta relevancia y justificada exigencia como directrices elementales en el ejercicio de la actividad funcional.

Así, acerca del principio de probidad, la ley sostiene: “Artículo 6° (2).- Probidad: Actúa con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja persona, obtenido por sí o por interpósita persona”. Por otra parte, el principio de veracidad que está contenido en el artículo 6° (5), se explica en los siguientes términos: “Artículo 6° (5).- Veracidad: Se expresa con autenticidad en las relaciones funcionales con todos los miembros de su institución y con la ciudadanía, y contribuye con el esclarecimiento de los hechos”.

Respecto de los deberes, el de transparencia es reproducido en los siguientes términos en la norma en comentario: “Artículo 7° (2).- Transparencia: Debe ejecutar los actos del servicio de manera transparente, ello implica que dichos actos tiene en principio carácter público y son accesibles al conocimiento de toda persona natural o jurídica. El servidor público debe de brindar y facilitar información fidedigna, completa y oportuna”. Es este último, el deber de transparencia del funcionario público –que se plasma también como principio, según lo entiendo, en la medida en que rige toda la actividad funcional así como de la Administración como institución pública- el que fundamenta principalmente la obligación de la presentación de la declaración de bienes y la publicación de los ingresos económicos de los funcionarios

²⁵³ El artículo 4° de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, establece: “4.1 A los efectos del presente Código se considera como servidor público a todo funcionario, servidor o empleado de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado. (...)”.

públicos a los que se refiere la Constitución así como las normas administrativas al respecto. En todo caso, el Código de Ética de la Función Pública cuenta con un Reglamento²⁵⁴ que establece una serie de sanciones ante el incumplimiento de los deberes establecidos en aquél.

La Ley del Código de Ética de la Función Pública, además, contiene una serie de prohibiciones que denomina “prohibiciones éticas” que se encuentran comprendidas en el artículo 8° y respecto de las que me interesa comentar la prohibición de obtener ventajas indebidas del artículo 8° (2): “Artículo 8°.- El servidor público está prohibido de: 2) Obtener o procurar beneficios o ventajas indebidas, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia”. El dispositivo en comentario establece la aplicación de sanciones concretas²⁵⁵ para quienes no se conduzcan en el marco del respeto exigido por éste, aunque, claro, tal como lo expresa textualmente en su artículo 10° (3), “las sanciones aplicables por la transgresión del (...) Código no exime de las responsabilidades administrativas, civiles y penales establecidas en la normatividad”.

Por su parte, la Ley N° 28175 -Ley Marco del Empleo Público –, que también es aplicable para los funcionarios y servidores públicos²⁵⁶, contiene una serie de principios rectores de la actividad pública; si bien no son los mismos que contiene el Código de Ética de la Función Pública, no por ello se contradicen. En el artículo IV de la Ley se desarrollan estos principios que son, a saber: principio de legalidad, principio de modernidad, principio de imparcialidad, principio de transparencia y de rendición de cuentas, principio de eficiencia, principio de probidad y de ética pública, principio de mérito y capacidad, principio de derecho laboral, principio de preservación y continuidad de políticas del Estado y principio de provisión presupuestaria. Respecto al principio de transparencia, la Ley Marco del Empleo Público determina: “Artículo IV (4).- Principio de transparencia y rendición de cuentas: Busca que la información de los procedimientos que lo conforman sea confiable, accesible y oportuna y que las personas encargadas del manejo económico rindan cuentas periódicas de los gastos que ejecutan”. Por otra parte, entre los principios que menciona esta Ley, se encuentra el de eficiencia sobre el que sostiene lo siguiente: “Artículo IV (5).- Principio de eficiencia: el

²⁵⁴ Dicho Reglamento fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 033-2005-PCM y contiene expresamente la obligación de respetar los principios que rigen la función pública: “Los principios, deberes y prohibiciones éticas establecidas en la Ley y el presente Reglamento, son el conjunto de preceptos que sirven para generar confianza y credibilidad de la comunidad en la función pública y en quienes la ejercen. Los empleados públicos están obligados a observar los principios, deberes y prohibiciones que se señalan en el capítulo II de la Ley”

²⁵⁵ Las sanciones a las que se refiere el Código de Ética de la Función Pública, según el artículo 9° de su Reglamento, pueden ser: amonestación, suspensión, multa de hasta 12 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), resolución contractual, destitución o despido. El reglamento establece también que la aplicación de las sanciones correspondientes se basarán en criterios de intensidad de la infracción (gravedad o levedad de la conducta).

²⁵⁶ Cabe recordar que, en lo que corresponda, priman los conceptos tanto en el Código de Ética de la Función Pública como en la Ley Marco del Empleo Público respecto del Decreto Legislativo N° 276 que regula el ingreso a la carrera pública. Por ejemplo, la aplicación de los principios contenidos en los dos primeros dispositivos no se circunscribe – por disposición expresa de éstos – a aquellos sujetos que hayan ingresado a la carrera pública según lo considera el Dec. Leg. 276 (que excluye a los que ejercen cargos de confianza o políticos), sino que extiende su aplicación a un círculo mayor de sujetos. En todo caso, el régimen aplicado en el mencionado decreto no es aplicado a todos a los que se les aplica o vincula tanto el Código de Ética como la Ley Marco del empleo público.

empleado público ejerce sus actividades empleando los medios estrictamente necesarios, teniendo en cuenta los escasos recursos con que cuenta el Estado”. Otro principio que se refiere a la reserva del presupuesto económico con el que cuenta el Estado para su aprovechamiento dirigido al logro de los fines de la administración pública es el “principio de provisión presupuestaria”. Así, el artículo IV (10) establece: “Artículo IV (10).- Principio de provisión presupuestaria: Todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado”.

Hasta aquí, he citado algunos de los principios que rigen a la función pública²⁵⁷ –y, por lo tanto, a la administración pública-; como sostuve líneas antes, todos los principios tienen relevancia, sin embargo, he citado al detalle algunos de ellos por considerarlos más estrechamente ligados al delito de enriquecimiento ilícito. Todos, sin embargo, rigen la actividad de todo funcionario o servidor público en la misma intensidad.

En consecuencia, si bien los principios y deberes citados se refieren a la actividad del sujeto que ejerce la función pública, no cabe duda que son principios que se pueden decir rectores de toda la Administración Pública en la medida que son los funcionarios y servidores públicos los encargados de llevar a cabo sus fines y objetivos. Como manifesté anteriormente, no se busca –por lo menos, no penalmente- proteger a la Administración Pública en sí misma, sino que la protección en los delitos contra ella va dirigida a no permitir la obstaculización de la tarea de brindar servicios indispensables para la sociedad.

Por otro lado, en aras de garantizar el deber de transparencia, contamos con la Ley N° 30161 – Ley que regula la presentación de declaración jurada de ingresos, bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado-²⁵⁸. Así, la Ley N° 30161 –y en concordancia con los artículos 40° y 41° de la Constitución Política²⁵⁹- contiene una extensa lista –más amplia que la de su predecesora- de los sujetos obligados²⁶⁰ a presentar la declaración jurada de bienes y

²⁵⁷ Adicional y específicamente, existen también el Código de Ética del Poder Judicial, aprobado por la Sala Plena de la Corte Suprema el 12 de marzo de 2004 –en el mismo, se mencionan cinco principios rectores en el marco de estas funciones: justicia, independencia, imparcialidad, honestidad e integridad-; y, el Código de Ética del Ministerio Público, aprobado, por Resolución de Junta de Fiscales Supremos N° 018- 2011-MP-FNJFS, el 18 de marzo de 2011 – entre los principios reconocidos en éste, se encuentran: humanidad, justicia, igualdad, no arbitrariedad, probidad, honestidad, veracidad, objetividad, independencia, imparcialidad, transparencia, prudencia, reserva, decoro moral, responsabilidad, competencia, diligencia, dedicación, respeto, trabajo en equipo, liderazgo-.

²⁵⁸ Dicha Ley, fue publicada el 28 de enero de 2014 y derogó a la Ley N° 27482 –Ley que regula la publicación de la declaración jurada de ingresos y de bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado.

²⁵⁹ En el caso del artículo 40° citado en páginas previas se establece una obligación de publicar en el Diario Oficial los ingresos que perciben los funcionarios del Estado –esto es, para que sean de acceso público- El artículo 41° de la Constitución Política, por su parte, establece textualmente: “Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administren o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos (...)”.

²⁶⁰ Si bien es una extensa lista y considero que puede abarcar a todos los funcionarios públicos “en sentido penal” –es decir, los comprendidos en el artículo 425° del Código Penal-, considero ilustrativo citar el precepto que establece textualmente quiénes son los sujetos obligados a presentar la declaración jurada. Así, el artículo 2° de la Ley N° 30161, dispone lo siguiente:

“Artículo 2°.- Los obligados a presentar declaración jurada con las obligación siguiente personas:

rentas, la cual -según su artículo 3°- debe contener los ingresos, bienes y rentas²⁶¹, debidamente especificados y valorizados tanto en el país como en el extranjero. Como la Constitución lo

a) El presidente de la República y los vicepresidentes, los ministros de Estado y los viceministros, el defensor del pueblo, el primer adjunto y los defensores adjuntos, el Fiscal de la Nación, el presidente de la Corte Suprema, el presidente del Banco Central de Reserva, el Contralor General de la República y el vice contralor general, los magistrados del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura y del Jurado Nacional de Elecciones, el jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil y el Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras de Fondo de Pensiones y sus adjuntos.

b) Los congresistas de la República, los parlamentarios andinos, los presidentes, vicepresidentes y consejeros de los gobiernos regionales, alcaldes y regidores.

c) Los vocales supremos y superiores, los jueces especializados o mixtos y de paz letrados, los fiscales supremos, superiores, provinciales y adjuntos, los miembros del Fuero Militar Policial y los miembros del Tribunal Fiscal y demás tribunales administrativos.

d) Los titulares de la máxima instancia, presidentes y miembros de los consejos directivos o consultivos y tribunales u órganos resolutorios de los organismos públicos ejecutores, reguladores y técnicos especializados, según corresponda.

e) Los funcionarios de alta dirección, gerente general, directores, gerentes, jefes de unidades u o cinas y demás funcionarios que ejerzan cargos de confianza o responsabilidad directiva en las entidades relacionadas con los obligados indicados en los literales precedentes del presente artículo, así como los titulares o encargados de los sistemas de planeamiento, tesorería, presupuesto, contabilidad, control, logística y abastecimiento del sector público.

f) Los funcionarios del servicio diplomático y quienes no siéndolo se desempeñen como embajadores y/o jefes de misiones diplomáticas en el exterior, los representantes permanentes ante organismos internacionales, los encargados de negocios con carta de gabinete, los cónsules generales y los cónsules que ejerzan la jefatura de la oficina consular, los jefes de cancillería, los jefes de administración de las dependencias que asuman la representación del país en el exterior, los agregados militares, navales, aéreos y policiales.

g) El rector, los vicerrectores y los decanos de las universidades públicas, los gobernadores, tenientes gobernadores y los procuradores públicos titulares, adjuntos y ad hoc.

h) Los oficiales generales y almirantes en actividad de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú en actividad, los directores o jefes de unidades en los sectores de Defensa e Interior, los oficiales superiores que laboran en unidades operativas a cargo de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, terrorismo y lucha contra la corrupción, y los oficiales superiores y subalternos que detentan la dirección, la jefatura, la coordinación o la supervisión de oficinas, unidades, dependencias e intendencias de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.

i) Los miembros de comisiones sectoriales, comisiones multisectoriales, comisiones consultivas, comisiones intersectoriales o liquidadoras y otras comisiones con facultades resolutorias, programas y proyectos especiales, en los tres niveles de gobierno.

j) Los miembros del directorio, el gerente general y los encargados o titulares de los sistemas de planeamiento, tesorería, presupuesto, contabilidad, control, logística y abastecimiento de las empresas municipales, las demás empresas en las que el Estado tenga mayoría accionaria, y los miembros del directorio designados por el Estado en aquellas empresas en las que el Estado intervenga sin mayoría accionaria.

k) Los responsables de los organismos de promoción de la inversión privada en el sector público, los presidentes y los directores de los consejos directivos de los organismos no gubernamentales que administren recursos provenientes del Estado.

l) Los asesores y consultores de las personas y entidades mencionadas en los literales precedentes, así como los asesores y consultores de funcionarios de organismos sostenidos por el Estado que tengan vínculo laboral con estos.

m) Aquellos que, en el ejercicio de su cargo o labor o función, sean responsables de la preparación de bases de procesos de contratación pública, los integrantes de los comités especiales de selección de dichos procesos, los responsables de la preparación de informes que determinen o influyan en el gasto público, o aquellos que determinen a los beneficiarios de programas sociales a cargo del Estado o que aprueben los proyectos de los núcleos ejecutores, en los tres niveles de gobierno.

n) Aquellos que administran, manejan o disponen de fondos o bienes del Estado o de organismos sostenidos por este.

Para el caso de los funcionarios o servidores públicos por designación o elección, la condición de funcionario o servidor se adquiere desde el momento de su designación, elección o proclamación por la autoridad correspondiente, según sea el caso."

²⁶¹ Más específicamente, la ley se refiere a: ingresos, rentas, bienes, ahorros, inversiones, acreencias y pasivos; tanto los propios del obligado como los comunes del matrimonio cuando el régimen sea por sociedad de gananciales -si fuera el caso-.

anota, esta declaración debe ser realizada no solo al inicio del periodo en que se ejerce el cargo sino durante y hasta la finalización del mismo²⁶². La Primera Disposición Final y Transitoria de la Ley en mención, establece la aprobación del Reglamento respectivo –en virtud de que, además, queda derogado el Reglamento de la Ley N° 27482-, sin embargo, en su Segunda Disposición Final y Transitoria, establece la aplicación de algunos plazos de presentación de formularios según el Reglamento de la Ley derogada. El mencionado Reglamento, establece en su artículo 5° lo que se debe entender por bienes, ingresos o rentas. Así, la mencionada disposición establece lo siguiente:

Para efectos del Reglamento se entiende por bienes, ingresos y rentas las remuneraciones, honorarios, ingresos obtenidos por predios arrendados, subarrendado o cedidos, bienes muebles arrendados subarrendados o cedidos, intereses originados por colocación de capitales, regalías, rentas vitalicias, dietas o similares, bienes inmuebles, ahorros, colocaciones, depósitos e inversiones en el sistema financiero, otros bienes e ingresos del declarante, y todo aquello que reporte un beneficio económico al ‘Obligado’.

Quiere decir, entonces, que la presentación de la declaración jurada de bienes y rentas es una obligación ineludible del funcionario público, la misma que encuentra su fundamento en el principio que no sólo rige el ejercicio de la función pública sino también a todo el aparato administrativo: la transparencia²⁶³. Esto, además, se constituye como una forma –aunque no la única- de garantizar el comportamiento probo y honrado del funcionario –como se ha anotado, la probidad también es un principio rector reconocido en el Código de Ética de la Función Pública-. La transparencia está orientada a un ejercicio controlador respecto del funcionario público por lo que, como ha sostenido el Tribunal Constitucional en STC N° 1797-2002-HD/TC:

(...) la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción. Y es que si el Estado Democrático de Derecho presupone la división de poderes, el respeto de los derechos fundamentales y la elección periódica de los gobernantes, ciertamente este no podría asegurarse si es que no se permitiera a las personas poder ejercer un control sobre las actividades de los representantes del pueblo. Uno de los modos posibles de cumplir dicho principio y, con ello, las demandas de una auténtica sociedad democrática, es precisamente reconociendo el derecho de los individuos de informarse sobre la actuación de los órganos estatales y sus representantes²⁶⁴

²⁶²Para mayor detalle, la Ley N° 30161 en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/93ba95d2043cf36105257c6e004ff61f/\\$FILE/30161.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/93ba95d2043cf36105257c6e004ff61f/$FILE/30161.pdf) (Visitada el 11 de mayo de 2014).

²⁶³ Precisamente en aras de este principio y el derecho al acceso a la información pública reconocido en el artículo 2° (5) de la Constitución Política, es que contamos con una “Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública” –Ley N° 27806 (y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM; modificado por Decreto Supremo N° 070-2013-PCM)-. Precisamente por lo comentado acerca del principio de transparencia y el acceso a información pública, la Ley N° 30161 ha sido cuestionada en el extremo de lo que establece su artículo 8° respecto a la excepcionalidad de la publicidad. Más allá de aceptar que la amplitud de los sujetos obligados y otras disposiciones, sean beneficiosas; el punto crítico se encuentra en la consideración de dicha información como confidencial como una regla, a decir de algunos –cuando debería, en todo caso, ser la excepción-.

²⁶⁴ FJ. 11.

Por su parte, ya en el marco de la imparcialidad en el acceso a los cargos públicos, la Administración Pública cuenta con una serie de normas que limitan la contratación funcionarios públicos así como normas que garantizan la transparencia y eficacia en la actividad de la gestión pública: Ley N° 26771 –sobre la prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público, en casos de parentesco- y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2000-PCM; Ley N° 28014 –Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública- y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 099-2003-PCM; Ley N° 27588 –Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual-.

IV. El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial y de infracción de deber.

Tal como lo había comentado para el caso general de los delitos contra la administración pública, éstos son delitos especiales y de infracción de deber²⁶⁵ pero además son delitos en donde existe un dominio respecto de la capacidad de afectación del bien jurídico. No es distinta la consideración respecto al delito de enriquecimiento ilícito. A continuación, algunas consideraciones respecto de este delito como especial propio –de cara, posteriormente, a argumentar su autonomía y su *sui generis* tipificación²⁶⁶-.

Según reza el artículo 401° del C.P., el sujeto activo en el delito de enriquecimiento ilícito tiene que ser funcionario público -como elemento que fundamenta el tipo penal-. Ya he realizado referencia a quiénes se consideran funcionarios públicos para efectos de imputación penal así como a los distintos principio que rigen su actividad como responsable –según la competencia específica asignada- de hacer efectivas las funciones de la Administración Pública como institución.

En base a las características que comporta el sujeto activo, la doctrina ha diferenciado entre delitos comunes y delitos especiales (y entre estos últimos, entre delitos especiales propios e impropios). En el caso de los delitos comunes, el sujeto activo puede ser cualquier persona que no ocupe ningún rol o posición especial. Caso distinto sería el de los delitos especiales, con algunas diferencias que anotar. Previamente, en este trabajo se ha hecho referencia a esta

²⁶⁵ Recordemos que la consideración de los delitos de infracción de deber proviene del estudio realizado inicialmente por CLAUS ROXIN y, posteriormente, redimensionado –bajo un punto de partida distinto- por JAKOBS. Es preciso aclarar que mientras para ROXIN existirían en consecuencia dos clases de delitos –de dominio y, por otro lado, de infracción del deber-, para JAKOBS la clasificación será entre delitos de organización –o por competencia en la organización- y delitos de infracción del deber. Abunda ahondar al respecto en este trabajo que no trata en concreto la autoría y participación en los delitos contra la administración pública, sin embargo, entre ambas posturas –y con los matices indispensables y sustanciales que se han anotado-, se prefiere acá la clasificación de JAKOBS –básicamente, por la mayor practicidad de su explicación y su menor entrapamiento en cuestiones como la existencia o no de un dominio del hecho también en los delitos de infracción de deber –lo último desde la clasificación de ROXIN-.

²⁶⁶ No encontramos, pues, referencia alguna en el Código Penal de su especial tipificación –y por ello la particular atención al mismo- no solo entre los delitos comunes sino también entre los otros delitos contra la administración pública.

clasificación que en similar sentido a la teoría pura de la infracción del deber o del deber jurídico –a la que hace referencia GÓMEZ MARTÍN en su trabajo monográfico²⁶⁷-, calificándola de formalista. Su consideración ayuda pero no define –pues como se dijo ya, el substrato material reflejado en la vinculación material entre la posición del sujeto activo y la posibilidad de vulnerar el bien jurídico, encierra el verdadero matiz que fundamenta esta clase de delitos-. Sin embargo, en lo que acá interesa acotar, la clasificación formalista que se realiza de los delitos especiales y de la que se hablara al inicio del presente párrafo, nos puede servir para establecer la especial relación entre el ejercicio de la función pública y la *ratio legis* del delito. Solo puede ser cometido por un funcionario público porque el bien jurídico protegido, además está inescindiblemente ligado a los principios que rigen su actividad y que no encontrarán “paralelo” en el ejercicio o interacción social-jurídica de ningún particular –precisamente porque respecto de éste, no rigen estos principios-.

Entonces, PEÑA CABRERA diferencia los delitos especiales propios de los impropios en el siguiente sentido:

Son todos aquellos tipos legales que exigen que sean cometidos por determinados individuos que detentan una cualidad o característica especial; (...). En este caso el legislador ha cerrado el posible círculo de autores a determinadas posiciones ‘positivas’ que el autor asume en cuanto a la tutela de un determinado bien jurídico, son deberes por asunción de la ley o de las propias instituciones sociales que exigen la adopción de conductas dirigidas a la salvaguarda de un bien jurídico. (...) (tipos especiales impropios) (...) pueden ser cometidos por cualquier persona, al ostentar el sujeto activo una cualidad especial (funcional), puede derivarse de la agravante de un tipo penal, por desencadenar una mayor reprochabilidad en la imputación individual; cuentan con un tipo penal paralelo. Es decir, cuando el delito solamente puede ser cometido por alguien que tiene la calificación jurídica exigida para el sujeto. Es un delito especial propio; cuando el delito especial es simplemente una forma agravada o atenuada de otro que puede ser también cometido por cualquiera, es un delito especial impropio²⁶⁸.

Respecto de dicha clasificación, en el caso de los delitos denominados “especiales impropios” se puede debatir sobre el carácter común de ciertos delitos que sin exigir expresamente ninguna cualificación en el sujeto activo –por los especiales deberes que comportaría el agente, según la descripción del supuesto de hecho- implican que éste sí porte deberes especiales. Como ejemplo de lo último se puede citar el conocido ejemplo utilizado para explicar en qué consiste los delitos especiales impropios: se dice que en delito de peculado es un delito especial impropio en la medida que si el agente no es funcionario público podría imputársele el delito de apropiación ilícita –su “correlato”- que puede ser cometido por “cualquiera”. En realidad, ¿el delito de apropiación ilícita puede ser cometido por cualquier persona? Si bien no se exige una cualidad especial en el sujeto activo, de una lectura del tipo penal puede colegirse que sí comporta un posición especial respecto de aquello que se le ha confiado en administración o custodia.

²⁶⁷ Vid. GÓMEZ MARTÍN, Víctor: Óp. cit.

²⁶⁸ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: “Derecho Penal. Parte General. Teoría del Delito y de la Pena y sus Consecuencias Jurídicas”. Lima, RODHAS, 2007. pp. 235 y 236.

A este tipo de confusiones puede llevar una perspectiva demasiado formalista respecto de la interpretación de los tipos penales de la parte especial, cuando lo que interesa es una interpretación desde el bien jurídico que se protege así como desde los elementos que lo fundamentan. Al respecto, VÁSQUEZ-PORTOMEÑE también anota:

Hace tiempo la literatura monografista –particularmente en Alemania e Italia- ha señalado la necesidad de superar la consideración formal del delito especial para atender a las peculiaridades que presenta su estructura típica (...). Esa tipología no se integraría ya, sin más, por aquellas figuras cuyo autor se halle en una posición formal de deber desvinculada del contenido de injusto, sino solo por las que se caracterizan por la posición jurídica o fáctica en que el sujeto se halla frente al bien por consecuencia de cualidades, estados, condiciones o situaciones reclamadas explícita o implícitamente como elementos esenciales de la norma penal²⁶⁹.

Si bien puede perfectamente considerarse como un delito especial (propio) al delito de enriquecimiento ilícito –pues, en efecto, se exige que el sujeto activo sea un funcionario público-, dicha clasificación solo resulta útil desde un punto de vista formal como ya manifesté. El fundamento del injusto no está en que un funcionario público realice determinada acción sino en el significado normativo que encierra ello.

Más allá de las concretas configuraciones que cada autor le otorgue a la clasificación de los delitos, los delitos contra la administración pública son delitos especiales –porque, en efecto, se exige formalmente la cualificación del agente (funcionario público)-, y de infracción de deber. El comentario de VÁSQUEZ-PORTOMEÑE sobre la relación entre el agente funcionario y el bien jurídico cobra especial relevancia para un mejor entendimiento de lo sostenido hasta acá:

En el bien entendido de que con la referencia a la posición del agente frente al objeto de la tutela debe entenderse aludida la existencia de una relación típica, o sea, jurídico-penalmente relevante entre ambos. La literatura monografista habla, en efecto, de la existencia de una relación de ‘connaturalidad’ u ‘homogeneidad sustancial’ entre la situación del sujeto y el bien jurídico, distinguiendo ulteriormente entre homogeneidades ‘naturalísticas’ (existentes ‘en la realidad fenomenológica’) y homogeneidades ‘jurídicas’ (derivadas del vínculo en que la situación del sujeto y el bien jurídico vienen a hallarse en el ámbito de un sistema normativo dado)²⁷⁰.

Lo sostenido por el autor acerca de las homogeneidades sustanciales –en donde lo relevante penalmente serán las jurídicas- no es sino admitir el estrecho vínculo existente entre la posición que ocupa el sujeto –competencias, principios que rigen su actividad, fines y objetivos de la actividad que realiza en el marco de dicha posición- con el bien jurídico protegido. En el caso de los delitos contra la administración pública, no es posible solo aludir a la posición formal del funcionario –como una cuestión de “etiquetas”-; es e ineludible enlazarlo con el significado material que encierra dicha posición. Lo último, es, precisamente, el bien jurídico que se protege. Esto se deriva también de recordar algo muy sencillo: la administración pública,

²⁶⁹ VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando: Óp. cit. pp. 314, 315, 316 y 317.

²⁷⁰ VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando: Óp. cit. pp. 317 y 318.

como institución, cumple determinados fines; y éstos, serán efectivizados por un grupo institucionalizado de personas –los funcionarios públicos-. A ambos, los rigen los mismos principios –de allí que exista la denominada homogeneidad-, porque los funcionarios están al servicio de la administración pública pero también de sus fines.

Lo relevante para la imputación penal por infracción de deber será, pues, el vínculo jurídico –lo que VÁSQUEZ-PORTOMEÑE asume como “homogeneidades jurídicas”; es precisamente ese “vínculo” el que coloca al funcionario en especial posición de garante del bien jurídico²⁷¹.

En suma, el delito de enriquecimiento ilícito es un delito especial propio y de infracción de deber. Sus especiales características y el fundamento de la tipificación de la conducta requieren una especial atención a la posición que ocupa el funcionario público y a los principios que rigen la actividad funcional.

Una vez asumido que el funcionario público que comete el delito de enriquecimiento ilícito comete un delito de infracción de deber y que, además, este delito no tiene un correlato en entre los delitos comunes.

V. El bien jurídico específico en el enriquecimiento ilícito. Postura personal.

Una vez desarrollados los anteriores aspectos, queda claro entonces, desde la posición de la que se parte, que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito especial propio de infracción de deber. Tal como se ha desarrollado en apartados precedentes, el funcionario público, al asumir voluntariamente esa posición jurídica concreta, se hace acreedor de un haz de deberes –y, claro está, de ciertas potestades e, incluso, prerrogativas²⁷²- que harán efectivos los objetivos que tiene como institución la administración pública. Precisamente por la función que ésta cumple frente a la ciudadanía –y, por supuesto, de su absoluta relevancia para el efectivo ejercicio de los derechos-, su existencia obedece a principios de subyacen detrás. Estos principios²⁷³ que rigen a la administración pública –y a los que acá se ha dedicado un apartado especial precedentemente- y al ejercicio de la función pública; están reconocidos a nivel supralegal y vinculan a todo funcionario público –más allá de las específicas funciones que cumpla en el marco del sector donde desenvuelva su labor-.

²⁷¹ Incluso en el caso de los denominados funcionarios de facto existe un vínculo que no se limita a lo fenomenológico –de allí que no basta con que el agente se encuentre cerca o en “posición” del bien- sino que, en base a ciertos elementos (que lo diferenciarían de un usurpador de funciones) pasa a ocupar la especial posición de garante en base a la infracción de deberes que ha asumido bajo especiales circunstancias –a pesar de carecer del título habilitante (formal)-.

²⁷² Más exactamente, las prerrogativas de la acusación constitucional y de la inmunidad parlamentaria, establecidos en los artículos 93°, 99° y 100° de la Constitución Política.

²⁷³ Si bien en las disposiciones citadas se marca una diferencia entre “principios” y “deberes” de la función pública, para efectos de este trabajo, consideraremos indistinto el uso de estos términos en la medida en que todos implica un deber o marco de obligatorio respeto para el funcionario público.

Así por ejemplo, los principios anotados en el Código de Ética de la Función Pública forman parte del marco rector de toda actividad pública que tenga por destino la satisfacción de los intereses de la sociedad. De los principios que anotara en el apartado correspondiente, el principio de eficiencia, por ejemplo, procura que la actividad pública logre los fines que tiene destinado. De nada sirve un aparato burocrático compuesto por funcionarios cuya labor no conlleve al objetivo primordial que subyace: el interés general.

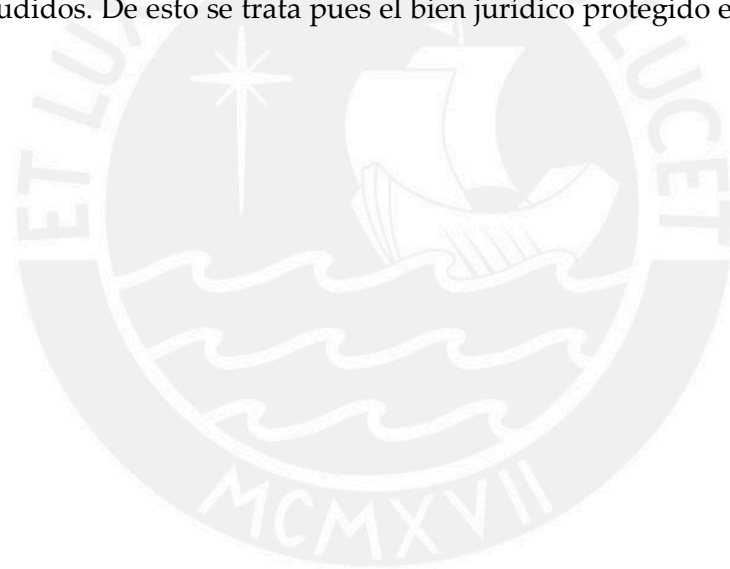
Como se ha anotado también, todo funcionario público se encuentra obligado – legalmente- a presentar una declaración jurada de bienes y rentas. Dicha obligación no está en vinculación con la esfera concreta de competencias que asuma el funcionario en el sector en donde desempeñe funciones, sino en vinculación con los principios que rigen a la administración pública y que vinculan a todos los funcionarios públicos. El principio que subyace detrás de esta obligación es el principio de transparencia –relacionado a su vez con la posibilidad de conocer, por parte de la ciudadanía, los ingresos de los sujetos destinados a hacer posibles los fines y objetivos de la administración pública en beneficio del interés general-. Ello es así en la medida en que los intereses en juego no son de titularidad de un grupo de personas sino de la ciudadanía en general y, claro está, en interés de las condiciones mínimas que deben existir en un Estado Democrático Constitucional y de Derecho. Por tanto, quienes estarán destinados a ejercer estas no poco importantes funciones no deben aprovechar sus cargos para obtener beneficios propios. Se exigen funcionarios probos. Se exige una garantía de que no exista un aprovechamiento indebido del ejercicio del cargo para satisfacer intereses propios. Ello, además, desvía la naturaleza y razón de existir de un aparato institucionalizado como lo es la administración pública.

El bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito está estrechamente ligado a las consideraciones precedentes y reviste mayor gravedad al lesionar directamente principios rectores tales como el principio de probidad y transparencia en el ejercicio de la función pública.

En razón de lo dicho, es que, como desarrollaré en el tercer capítulo, el delito no requiere la comprobación de algún otro delito o infracción administrativa cometida por el funcionario público. Basta pues que el funcionario no haya cumplido con sus deberes de transparencia y que, debido a ese incumplimiento, se haya reflejado una lesión al deber de probidad. Me explico mejor: como se sostuvo, no se apela acá a consideraciones meramente formalistas y a las imputación en clave de meras infracciones a los roles sino que el significado que encierra determinada infracción. En el caso del deber de transparencia, administrativamente se exige una forma de evidenciar que, efectivamente, el funcionario no está aprovechando su cargo para hacer patrimonialmente beneficios injustos; ello será posible gracias a la presentación de la declaración jurada –por ejemplo-. Digamos que es una forma de monitorear la realidad económica del funcionario de acuerdo a los ingresos que le corresponden. Puede ocurrir que el funcionario no presente dicha declaración jurada con lo que estará omitiendo realizar un obligación que si bien puede traerle consecuencias de carácter disciplinario o administrativo, no puede decirse aún que implique la comisión del delito de enriquecimiento ilícito.

Entonces, si un funcionario público, a un periodo determinado, presenta un desbalance patrimonial que no está acorde con lo que legítimamente le correspondía percibir, ello configura un indicio de enriquecimiento ilícito. ¿Porqué un indicio? Pues porque es posible que exista una explicación –con suficiencia probatoria- respecto de la legitimidad de la obtención de esos ingresos –herencias, préstamos, etc.-.

Los principios de probidad y transparencia que vinculan a los funcionarios públicos lo obligan especialmente a mantener un balance patrimonial ajustado a lo que le corresponde percibir. Por tanto, aunque existiese una sui generis situación en la que el empleado de un banco ingresó por error dinero que no le correspondía, a su cuenta bancaria; si el funcionario se percató de ello, debe realizar los actos que correspondan para normalizar la situación. De no ser así, el funcionario público de nuestro ejemplo, estaría permitiendo dolosamente la continuación de una situación patrimonial que no le corresponde –a pesar de no haber cometido delito alguno para obtener las ganancias- y que, en base a la especial posición que ocupa en nuestra sociedad y frente a la administración pública, significarían la vulneración de los principios de probidad y de transparencia aludidos. De esto se trata pues el bien jurídico protegido en el enriquecimiento ilícito.



TERCERA PARTE

ALGUNAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA DELIMITACIÓN DEL BIEN JURÍDICO EN EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

I. Naturaleza autónoma del delito de Enriquecimiento Ilícito.

Luego de la concretización del bien jurídico específico, considero preciso establecer cuáles son las consecuencias derivadas de ello. A continuación, sentaré posición respecto de la autonomía de este delito; para ello, es preciso contra argumentar las posturas que lo consideran como un delito subsidiario – lo que implica plantear los siguientes cuestionamientos: ¿Qué es un delito subsidiario? ¿Cuál es la relación entre considerar un delito subsidiario y la aplicación del principio de subsidiariedad en casos de concurso aparente respecto de aquél?-.

En el caso del delito de enriquecimiento ilícito, se sostiene su subsidiariedad en razón a la consideración previa de que éste *se aplica* en concurso aparente con otros delitos y que, en ese marco, se debe recurrir al principio de subsidiariedad. De allí su naturaleza subsidiaria según lo manifestado en la mayoritaria doctrina nacional al respecto.

Si bien más adelante llevaré a cabo algunas precisiones en torno al concurso aparente y su relación con este delito; a continuación propongo algunas reflexiones respecto a la posibilidad de que existan, en general, delitos subsidiarios. Si bien no profundizaré ampliamente en el tema, sí sentaré postura al respecto utilizando como base los argumentos relacionados con el tema tratado en el precedente capítulo: el bien jurídico específico.

1. Comentarios a la teoría subsidiaria del delito.

La doctrina nacional mayoritaria considera al enriquecimiento ilícito como un delito subsidiario. Lo cuestionable -al margen de no estar de acuerdo con ello- es la confusión generada cuando no se expresa con claridad si, según dicha línea, el delito *debe ser considerado* subsidiario o si *tiene naturaleza* subsidiaria. En tal sentido, tenemos lo manifestado por FIDEL ROJAS:

Sostener que el delito de enriquecimiento ilícito posee naturaleza subsidiaria implica lo siguiente:

a) que existe la posibilidad que presentado el supuesto de hecho de incremento patrimonial significativo vinculado a la razón del cargo, dos o más figuras penales puedan dar cuenta de su tipicidad en situación de concurso aparente (...) c) Que la subsidiariedad descarta la posibilidad que el supuesto de aplicar alternativamente (o uno u otro) los tipos penales funcionales, dado que lo subsidiario es excluyente de lo principal. d) que el tipo de enriquecimiento no posee naturaleza autónoma (...) vale decir que carece una conducta típica propia, operando con carácter residual, esto es, con efecto de rechojo de aspectos de tipicidad de otros ilícitos, sin que pueda confundirse

con estos. (...) f) El delito de enriquecimiento ilícito mantiene una relación de subsidiariedad con los tipos penales de concusión, (...). No pudiendo concursar ni real ni idealmente con tales figuras delictivas (...) ²⁷⁴.

Por su parte, CARO CORIA sostiene que el delito es subsidiario, partiendo, el parecer, de la interpretación del mismo como un tipo penal de peligro abstracto cuya estructura, establecida por el legislador, obligaría a considerarlo como tal ²⁷⁵. Así, en contra de la autonomía del tipo penal y avalando la postura de la subsidiariedad, manifiesta: "(...) si se admitiera la total autonomía del tipo de enriquecimiento ilícito, se atentaría contra el principio de *ne bis in idem*, ya que se sancionaría más de una vez a la misma persona por el mismo delito cometido, 'una vez por delito de enriquecimiento ilícito, y otra por el delito principal contra la administración pública' ²⁷⁶.

Respecto de las posturas previamente citadas, considero preciso recordar que adjudicarle determinada naturaleza jurídica a un tipo penal en base a las propuestas aportadas por la doctrina para solucionar los problemas derivados de la interpretación y aplicación de aquél, no es correcto. Ello sucede, en concreto, cuando se le adjudica naturaleza subsidiaria en razón, únicamente, a la aplicación del principio de subsidiariedad como parte de la teoría del concurso aparente -sobre todo, porque, desde la posición asumida acá, el concurso aparente y sus "principios" no solucionan realmente los problemas relacionados con la aplicación este tipo penal o de cualquier otro-. Además, FIDEL ROJAS también manifiesta que "lo subsidiario es excluyente de lo principal" y que ello sería razón para considerar la implicancia que trae considerar al enriquecimiento ilícito como subsidiario. La interrogante que me planteo en este extremo es si lo sostenido por él aporta algún argumento concreto respecto a si este delito es o no subsidiario y porqué. Considerando que el tipo penal de enriquecimiento ilícito tiene como fin la protección de algunos principios que dominan y determinan la actividad funcional -y, por lo tanto, que rigen a la administración pública-, no cabría hablar de un delito "principal" respecto de otro que no protege el mismo ámbito específicamente protegido por el considerado "subsidiario" ²⁷⁷. La única salvedad que podría ser analizable en dicho panorama -más allá de la terminología utilizada- sería que el llamado "delito principal" contemple al subsidiario. Esto es, que su ámbito de protección abarque también el que se busca proteger con el enriquecimiento ilícito. Sin embargo, ello no puede considerarse así en vista a nuestra posición sobre el bien jurídico específico preponderantemente protegido el tipo penal en estudio. Si asumiéramos la

²⁷⁴ ROJAS VARGAS, Fidel: Óp. cit. pp. 870 y 871

²⁷⁵ CARO CORIA, Carlos: Óp. cit. p. 152

²⁷⁶ Ídem. p. 153.

²⁷⁷ Como argumenté previamente, es posible que al margen de existir un bien jurídico protegido concretamente por un tipo penal, éste puede coincidir con otros respecto de ámbitos de protección comunes (ello no sería más que la consecuencia de que los principios que rigen a la administración pública rigen todo el quehacer de la función pública -ya sea directamente como indirectamente-). Aún si dos tipos penales protegieran un mismo bien jurídico específico bajo dos modalidades distintas de conducta -lo cual puede ocurrir por falta de técnica legislativa-, ambos serían independientes y autónomos en la medida en que si bien estarían protegiendo el mismo interés, cada uno estaría comprendiendo formas de conducta distintas y, por lo tanto, solo cabría hablar de una relación entre ellos meramente descriptiva pero no de una exclusión de uno respecto del otro. O se aplicaría uno o se aplicaría el otro, según el tipo penal que subsuma la conducta de acuerdo a la conducta descrita en el mismo.

posición, aquí contradicha, de que el bien jurídico protegido es, como algunos autores sostienen, el corrector ejercicio de la actividad funcional, sería menos incoherente la consideración aquí criticada; no obstante, he manifestado ya por qué razón el bien jurídico no es aquél.

Imputarle naturaleza residual a un delito, reviste no pocos cuestionamientos, por otra parte. Es preciso recordar que el límite al poder punitivo del Estado se encuentra en determinados principios que exigen la determinación del fin esencial que se pretende proteger penalmente. Ello forma parte de la legitimación de la intervención sancionadora del aparato estatal. En dicho sentido, entonces, ¿por qué el derecho penal sancionaría una conducta en un tipo penal residual? Dicha consideración está relacionada directamente con el ámbito de protección legítimo que se busca proteger pues, incluso cuando nos referimos a delitos bajo la técnica de peligro, debe existir un bien jurídico protegido que, por su relevancia, merezca protección a nivel penal. La técnica aplicada no implica que unos tipos sean residuales respecto de otros, sino que las formas de protección son aplicadas bajo distintas formas -seguramente, para llenar vacíos de impunidad-, respetando que cada uno de los tipos debe encontrarse legitimado en un fin de protección esencial. Otra crítica respecto de lo sostenido por FIDEL ROJAS es que no argumenta las razones por las que considera que el enriquecimiento ilícito es “subsidiario” respecto de otros delitos contra la administración pública. Es decir, el fundamento tras dicha afirmación, no se encuentra justificado claramente.

Como se ha anotado, CARO CORIA se muestra a favor de la teoría subsidiaria de este delito argumentando su posición contraria a la consideración autónoma del mismo por vulnerarse con ello el principio de *ne bis in idem*²⁷⁸. No me encuentro a favor de dicha postura por una sencilla –aunque no poco importante– razón: asumir ello es renunciar a la posibilidad de que la tipificación del enriquecimiento ilícito tenga por finalidad la protección de un bien jurídico específico, que no sería el mismo objeto de protección en los demás delitos contra la administración pública. Si bien, pueden existir intereses generales comunes protegidos por éstos, el delito de enriquecimiento ilícito sanciona una conducta que está dirigida a proteger directa y concretamente los principios de transparencia y probidad. Ese bien jurídico e interés no necesariamente encuentra protección equivalente en los otros tipos penales y, por lo tanto, no se puede afirmar que colisione con otro en cuanto al interés protegido –que desde el principio *ne bis in idem*, significaría no cumplir con la triple identidad y, por tanto, no vulnerar al mismo-. Lo afirmado queda más claro si recordamos que un funcionario público no solo puede ser procesado sino sancionado únicamente por este delito –esto es, el delito puede ser aplicado a un caso concreto sin necesidad de concursar con otro-.

Por su parte, HUGO ÁLVAREZ sostiene lo siguiente: “El injusto de enriquecimiento ilícito corresponde a un tipo penal subsidiario; su *ratio legis* o la razón político criminal de su creación así lo determina y es la razón de ser de ese injusto; no es el reconocimiento expreso o tácito que

²⁷⁸ Para considerar la vulneración del principio citado, se requiere el cumplimiento de una triple identidad: sujeto, hecho y fundamento (Vid. STC N° 2050-2002-AA/TC). En el caso del denominado concurso aparente, el foco de atención estaría –aunque no lo dice expresamente- en el análisis del “fundamento” –que, por cierto, suele ser el más “problemático” de los tres criterios que forman parte de dicha triple identidad-.

pueda o no establecer la norma penal lo que en definitiva determina su naturaleza subsidiaria”²⁷⁹. También agrega: “En suma, los penalistas peruanos, argentinos y colombianos que reconocen la subsidiariedad del tipo no lo hacen porque una disposición normativa así lo establezca, sino porque tienen en cuenta que esta figura penal fue creada para ser utilizada en aquellos casos penales en los que resulta complicado demostrar el hecho punible que generó el enriquecimiento ilícito”²⁸⁰. Al respecto, si bien coincide que, además, la naturaleza –subsidiaria– del delito no puede argumentarse en que ésta se encuentra determinada –tácita o expresamente– en el tipo, también es preciso tomar en cuenta que remitirse exclusivamente a la *ratio legis* para la interpretación del tipo o para adjudicarle una determinada naturaleza jurídica, puede llevar a confusiones –desde una perspectiva de la legitimidad de su mantenimiento en nuestro sistema penal–. Sin embargo, no importa cuáles sean los motivos que empujen al legislador a evaluar, analizar o aprobar la tipificación de ciertos comportamientos; lo más relevante será que la creación legislativa sea producto de un estricto respeto con los principios penales –y constitucionales–. Por ello, si bien antes de su tipificación en el Código Penal, existía un vacío –y, por lo tanto, impunidad–; el enriquecimiento ilícito –como todos los tipos– debe estar justificado en la necesidad de protección de un fin legítimo: el bien jurídico. Incorporar en nuestro ordenamiento un tipo penal en base a criterios de deficiencia probatoria de otros delitos, adjudicándole la naturaleza de “subsidiario”, es, desde mi posición, insuficiente y peligroso. No obstante, como se ha desarrollado previamente, el enriquecimiento ilícito sí encuentra su legitimación en la protección de un fin legítimo; no es necesario, para dichos efectos, acudir a la *ratio legis* del legislador de 1981.

Por la subsidiariedad de este delito, se pronuncia también SALINAS SICCHA. Al respecto, el autor comenta: “La subsidiariedad del hecho punible de enriquecimiento ilícito significa que no hay forma de acreditar que el agente público ha cometido tal o cual delito, sin embargo, aparece acreditado el incremento de su patrimonio o de su gasto en el periodo del ejercicio de sus funciones públicas, del cual no puede haber una explicación razonable”²⁸¹. Más adelante, en su trabajo monográfico, el autor agrega: “Se entiende que la actividad ilícita que origina el incremento patrimonial no puede ser tipificada en un tipo penal específico, caso contrario, si por ejemplo el incremento patrimonial es consecuencia de un delito de peculado o colusión, el operador jurídico descartará el enriquecimiento ilícito. Por ello, se dice que el enriquecimiento ilícito es un delito subsidiario”²⁸². No obstante lo determinante de su posición, ésta no es argumentada por él mismo, sino que parece remitirse a la doctrina mayoritaria en cuanto a su adhesión a la teoría subsidiaria más no a los argumentos propuestos detrás de la misma.

PORTOCARRERO HIDALGO tampoco se ha mostrado analítico al respecto. Solo asume postura sin expresar razones de fondo que la fundamenten. Al respecto, el autor comenta:

²⁷⁹ HUGO ÁLVAREZ, Jorge: “El delito de enriquecimiento ilícito de Funcionarios Públicos”. Lima, Gaceta Jurídica, 2007. pp. 102 y 103.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ SALINAS SICCHA, Ramiro: “Delitos contra la Administración Pública”. Lima, Grijley, 2009. p. 589.

²⁸² *Ídem*. p. 603.

Los incrementos lícitos como el sueldo, compatible con el cargo, honorarios profesionales, transacciones comerciales, donación, herencia, entre otros, durante el ejercicio del cargo no forman parte del tipo, se incluyen dentro de él, los incrementos procedentes de operaciones ilícitas, siempre que no constituyan delitos independientes, como peculados, cohecho pasivo, colusión, concusión, etc; pues a este delito mayoritariamente se le considera en la doctrina como subsidiario, porque el enriquecimiento ilícito es todo aumento patrimonial que provienen ilícitamente, menos de comportamientos que ya tienen tipo²⁸³

De una interpretación de lo sostenido por el autor, el enriquecimiento ilícito no sería un delito “independiente” -o, en otros términos, autónomo-. PORTOCARRERO HIDALGO parece adherirse a la postura de la subsidiariedad por considerarla mayoritaria en la doctrina, pero tampoco argumenta su postura como en los anteriores casos.

ABANTO VÁSQUEZ, por su parte, sostiene lo siguiente: “(...) el tipo penal de enriquecimiento ilícito sí operaría con *carácter subsidiario* como un tipo *residual* que abarcaría conductas que no han podido ser abarcadas por otros tipos legales. O también permite el inicio de un proceso penal para, una vez obtenidas las pruebas suficientes, reorientar el proceso hacia la investigación de los ‘delitos de fondo’, aquellos que han permitido el enriquecimiento del funcionario”²⁸⁴. Según esta posición, cabe resaltar que si bien con la misma se está apoyando la tesis de la subsidiariedad del tipo, también se está argumentando que el enriquecimiento ilícito abarca conductas que no pueden ser abarcadas por otros tipos penales. Lo último, sin embargo, no fundamenta su subsidiariedad, sino su autonomía. El delito de enriquecimiento ilícito contiene su propio injusto en la medida en que, además, protege un bien jurídico concreto: el principio de transparencia y probidad que rige a la administración pública y la actividad funcional. Justamente por lo último, seguidamente, el autor admite la posibilidad de aplicarlo de manera autónoma: “(...) en principio, el ‘enriquecimiento’ que sí podría importar *una aplicación autónoma* del tipo penal peruano no se refiere a *cualquier incremento patrimonial que no tenga que ver con la comisión de delitos, pero que implique una infracción de los deberes funcionariales*”²⁸⁵. Esto es, defiende la teoría de la autonomía bajo determinadas circunstancias mientras que bajo otras, lo considera subsidiario –será subsidiario cuando el incremento patrimonial no provenga de otros ilícitos, según ABANTO VÁSQUEZ-.

De una opinión similar es YVÁN MONTOYA, quien adhiriéndose de manera más abierta a la autonomía del enriquecimiento ilícito, sostiene, sin embargo, lo siguiente:

Adscribirnos a esta posición otorga grandes ventajas jurídicas. En primer lugar, defender la autonomía del delito de enriquecimiento ilícito no es incompatible con el carácter residual o subsidiario de este delito frente a otros delitos contra la administración pública. (...) En ese sentido, no resulta inconveniente plantear que en algunos casos pueda observarse un

²⁸³ PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: “*Delitos contra la Administración Pública*”. Lima, Editorial Jurídica Portocarrero, 1996. p. 231.

²⁸⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: “*Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*”. Lima, Palestra, 2003. p. 552.

²⁸⁵ Ídem. p. 553.

enriquecimiento ilícito derivado de un acto de peculado, lo que debe resolverse, dado el mismo bien jurídico protegido, aplicando el delito de peculado sobre la base del principio de especialidad (concurso aparente de leyes penales).²⁸⁶

Si bien coincido con YVÁN MONTOYA en cuanto al bien jurídico específico protegido por el enriquecimiento ilícito²⁸⁷, discrepo de la posición que tanto él como ABANTO VÁSQUEZ comparten en lo relativo a la subsidiariedad. A continuación expresaré brevemente los fundamentos principales de mi posición y, más adelante, ello se verá complementado con la posición adoptada en este trabajo respecto del concurso aparente.

2. Postura personal: el enriquecimiento ilícito como delito autónomo.

Como previamente adelanté, parto de la posición del enriquecimiento ilícito como delito autónomo. El principal argumento, al respecto, está estrechamente vinculado con la determinación del bien jurídico específico protegido con este delito. Como manifesté, en los delitos contra la Administración Pública –de naturaleza supraindividual-, es preciso concretizar el bien jurídico específico y diferenciar su protección respecto de la protección del bien jurídico genérico –que, según mi consideración, es el correcto funcionamiento de la administración pública-. Como ya he manifestado, el bien jurídico específico protegido en el enriquecimiento ilícito es el principio de transparencia y de probidad²⁸⁸. He hecho mención también a los principios -o, si resulta más *gráfica* la terminología, a las distintas dimensiones del bien genérico- que pueden verse afectados en común por dos o más delitos de corrupción; pero, no obstante ello, es protegido -particular y principalmente- un interés en concreto, un espacio que no necesariamente está cubierto específicamente por los otros delitos. Ese es el caso particular del enriquecimiento ilícito. Es importante recordar que es de absoluta relevancia la protección de los principios que rigen a la Administración Pública por lo anotado en el capítulo precedente. Si el tipo penal de enriquecimiento ilícito no se aplica en un caso, ello debería obedecer a que no se ha vulnerado el bien jurídico que se protege con éste; sin embargo, si el principio de transparencia y de probidad se han vulnerado, debería aplicarse. Sin embargo, cabe recordar que los funcionarios públicos tienen, en virtud de estos principios –que, como se insiste, no son los únicos que rigen el marco de sus actividades-, la obligación de presentar una Declaración Jurada de Bienes y Rentas. Lo último, no tiene un significado meramente formal, sino todo lo contrario: el funcionario público tiene el deber de ser transparente respecto a la probidad con la que ejerce sus funciones. El principio de transparencia no solo refleja un control sobre las actividades del funcionario, sino además, la efectiva manifestación de uno de los pilares democráticos sobre el que se asienta el Estado; esto es, la libre participación de la ciudadanía en

²⁸⁶ MONTOYA VIVANCO, Yván: Óp. cit. p. 63.

²⁸⁷ El autor sostiene que son tres los principios que conforman el bien jurídico protegido: probidad, transparencia y veracidad; personalmente, he colocado el énfasis en los dos primeros como los específicos principios protegidos por el tipo en estudio.

²⁸⁸ Haciendo eco a lo que sostiene VÁSQUEZ-PORTOMEÑE respecto de las “homogeneidades sustanciales jurídicas” y que se comentara *in supra*: existe, la identificación jurídica entre el bien jurídico protegido y la posición jurídica que ocupa el sujeto –que no implica, sino, el ejercicio de sus funciones en el marco y haciendo efectivo el respeto por los principios que lo rigen-.

los asuntos de su interés –por ejemplo, a través de la elección de sus funcionarios y de la toma de decisiones de manera informada respecto de las distintas actividades estatales-.

Además de lo manifestado, considero importante precisar en torno a los principios citados que, en realidad, uno coadyuva a la verificación del cumplimiento del otro: la transparencia evidencia la existencia o no del ejercicio probo del cargo. Por lo tanto, el principio de probidad le exige al funcionario que no aproveche su posición funcional para obtener un beneficio patrimonial no acorde a lo que le corresponde percibir como tal. Por otra parte, cabe recordar, claro está, que la declaración jurada no es la única e irrefutable prueba de que se ha vulnerado el principio de transparencia –por ejemplo, cuando se declara parcialmente o no se declara nada, por ejemplo- o el de probidad –por ejemplo, cuando, en efecto, existe un desbalance patrimonial que no se condice con lo que el funcionario percibe. En tal sentido, si un funcionario verificara en su estado de cuenta bancario, de que alguien “por error” depositó un monto de dinero que no le pertenece; tiene el deber notificar de ello. Mientras ejerza el rol de funcionario público, es su deber y, allí, precisamente, se encuentra el nexo entre el ejercicio y aprovechamiento del cargo respecto del desbalance patrimonial encontrado. Por lo tanto, si no existe justificación respecto del origen lícito de esos incrementos patrimoniales –que incluye la disminución de pasivos según la doctrina mayoritaria-, se ha violado el principio de transparencia y de probidad con la que debe actuar el funcionario. Dicha justificación no implica la violación del principio procesal del *nemo tenetur* o derecho a la no autoincriminación pues, por su especial posición jurídica, el funcionario tiene como parte de sus deberes positivos el deber de transparentar su patrimonio.

De ese modo, cuando el incremento patrimonial obedece a la comisión de otro delito contra la administración pública –o a otro ilícito- que, además, tiene como su fin de protección otro bien jurídico específico –y, en clave de principios: un principio más preponderantemente protegido-; habrá que analizar si se configura, además, la vulneración del principio de transparencia y probidad –en el sentido anotado- protegido por el enriquecimiento ilícito. Dependerá de cómo se ve consumada la conducta ilícita del tipo penal concreto.

En dicho sentido, me encuentro con la postura de GALVEZ VILLEGAS al respecto –colocando, para los efectos, el ejemplo del delito de peculado-: “(...) es decir, cuando el mismo hecho o acción, implique la realización de ambos tipos penales. Esto es, apropiarse de los caudales que administra, el agente a la vez realiza su propio enriquecimiento (...), se apropia e incrementa su patrimonio simultáneamente, y con ello, con la misma acción infringe ambas normas penales”²⁸⁹. Entonces, ¿por qué se estaría desplazando la aplicación del delito de enriquecimiento ilícito? La acción se da, en el ejemplo propuesto, de manera simultánea; esto es: la realización de ambos tipos se configura en el mismo momento –unidad de acción- y, justamente, al tener un claro origen ilícito el incremento patrimonial producido, no le es exigible ser “transparente” respecto del mismo –pues se encuentra bajo el ámbito de protección del principio *nemo tenetur* o de no autoincriminación-. Por otra parte, el hecho de que el funcionario público incremente su patrimonio a través de la apropiación de los caudales que le son

²⁸⁹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás: Óp.cit. p. 145.

asignados por competencia a su cuidado, es un injusto que se ve subsumido de manera más completa en el tipo penal de peculado que en el de enriquecimiento ilícito –en dicho sentido, desde el punto de vista acá asumido, no resulta necesaria la aplicación de la teoría del concurso aparente y sus principios (por razones que más adelante de desarrollan); aunque, siendo condescendientes con la misma, podríamos considerar la aplicación (en todo caso) del principio de especialidad (que, por cierto, no pertenece exclusivamente a la teoría de los concursos sino propiamente a la teoría de la interpretación de las normas penales) que los partidarios de la teoría del concurso aparente han traído de las reglas utilizadas en la teoría general del derecho en general -una regla universal y no exclusiva ni de naturaleza penal exclusiva-.

Distinto sería el ejemplo que propongo: el delito de cohecho pasivo. Como sabemos, las formas de comisión de este delito, son cuatro: solicitar, condicionar, aceptar y recibir –en sus diversas modalidades. Con la comisión de cualquiera de ellas, el delito puede quedar consumado. No se requiere, pues, para el funcionario que lo comete, la obtención efectiva de algún beneficio de carácter patrimonial –si ello fuera así, tendríamos que remitirnos a las consideraciones expuestas previamente para el ejemplo del peculado-. Si el delito de cohecho pasivo fuera cometido en la modalidad de solicitar –ya estaría consumado y, por lo tanto, lesionado el específico bien jurídico protegido por el tipo penal (el principio de imparcialidad)-. No cabría en ese primer momento –temporalmente, hablando-, referirnos a algún incremento patrimonial producto de la comisión del cohecho; sin embargo, si, posteriormente –desde el punto de vista temporal pero, también, tomando en cuenta que ya el delito quedó consumado-, el funcionario recibe un pago, éste formaría parte de la agotamiento del delito de cohecho pasivo pero, acaso ese incremento patrimonial posterior puede configurar el delito de enriquecimiento ilícito? Esta duda intentará ser resuelta en los apartados siguientes que versan sobre el concurso ideal y/o real entre otros delitos y el delito de enriquecimiento ilícito. Si bien no se pretende, por lo extenso que configuraría, establecer una solución estática y comprensiva de todos los posibles casos que se puedan presentar; considero preciso sustentar porqué no se debe excluir per sé la aplicación de estas clases de concurso cuando se trata del enriquecimiento ilícito.

Finalmente, considero importante tomar en cuenta que el injusto de enriquecimiento ilícito es autónomo siempre; incluso cuando, en un caso concreto, finalmente no se aplica –pues si no se aplica es, como pudiera suceder en el caso de cualquier otro delito, porque el hecho se subsume más completamente en otro tipo penal o porque no se ha producido, por ejemplo, la efectiva lesión del bien jurídico específicamente protegido con aquél-. Ello, no implica la aplicación de lo que en doctrina se ha desarrollado como concurso aparente –ni de sus principios-, pues la subsunción de un hecho a un solo tipo penal u otros (en caso de concurso ideal y/o real) es una tarea a la que nos podemos avocar en cualquier clase de delitos: individuales, supraindividuales y/o colectivos, complejos, etc. Por lo demás, no es coherente con la relevancia -acá reafirmada- de los principios rectores de la institución Administración Pública, la consideración de que el tipo penal que busca proteger uno de aquellos, sea subsidiario y/o residual.

II. El concurso en el delito de enriquecimiento ilícito

Luego de las cuestiones precedentes, a continuación, trataré la relación entre el enriquecimiento ilícito y la teoría de los concursos así como del denominado “concurso aparente de leyes”.

En adelante, comentaré sobre algunos conceptos generales sobre los diversos tipos de concurso. Posteriormente, realizaré los comentarios que correspondan en cuanto a la relación del concurso aparente y el enriquecimiento ilícito –estrechamente relacionados por la doctrina en cuanto a su consideración como delito “subsidiario”-. Si bien aquí me interesa la relación entre el enriquecimiento ilícito y la aplicación de los tipos de concurso, vale la pena recordar que la relevancia de cualquier consideración al respecto se encuentra vinculada con el proceso de subsunción de un tipo penal –o varios- al hecho –o hechos- que en el caso concreto se presente, sino también respecto de la determinación judicial de la pena –recordemos, pues, que existen consecuencias derivadas de la aplicación de uno u otro concurso-.

1. Unidad de acción o de hecho

Es común –y pertinente- que los autores, al abordar el tema, inicien con el concepto de *unidad de acción*. Tal como ya es consenso, no se debe partir desde un enfoque naturalista o puramente fenomenológico²⁹⁰; otras posturas²⁹¹ han sido propuestas y, seguidamente, han encontrado crítica en varios sectores de la doctrina. MIR PUIG, por ejemplo, encuentra más acertado el uso de la terminología *unidad de hecho*²⁹² que, según su parecer, evitaría confusiones en torno al término “acción” que podría interpretarse como la acción en un sentido natural. Aunque no considero que se requiera necesariamente un cambio en el uso del término –pues dependerá del concepto normativo que se le otorgue al término “acción”-, el fundamento es aceptable y razonable: evitar las interpretaciones de índole puramente fenomenológica o naturalista.

A propósito de dicho autor, considero acertada su posición de que la unidad de acción o unidad de hecho –como él la denomina-, dependerá del sentido del tipo penal correspondiente²⁹³. En un sentido similar se pronuncia HURTADO POZO en la doctrina nacional que se pronuncia por una tesis de *acción* en sentido jurídico; comentado sobre lo siguiente: “(...) En ese sentido, hay que afirmar que la unidad de acción existe siempre en el caso de

²⁹⁰ Referido, más en concreto, a la cantidad de movimientos corporales realizados por un sujeto (Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007. p. 460; MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Reppertor, 2005. p. 633).

²⁹¹ Además, respecto de las tesis propuestas en doctrina, GARCÍA CAVERO menciona algunas tales como el criterio del *número de resultados*, *número de tipos realizados*; *unidad de acción natural*; así como el criterio denominado *óntico-normativo*. Vid. GARCÍA CAVERO, Percy: *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Grijley, 2013. pp. 681 y 682. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN mencionan los criterios del *factor final* – en donde la voluntad rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados-; y del *factor normativo* –según la estructura del tipo en cada caso particular-. (Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007. p. 460).

²⁹² Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Reppertor, 2005. p. 634.

²⁹³ Ídem. p. 633.

cumplimiento de las condiciones mínimas del tipo legal; aún cuando, desde un punto de vista fenomenológico, el comportamiento pueda ser fraccionado. Poco importa, además, el número de resultados ocasionados o el número de tipos legales posiblemente realizados²⁹⁴(resultado agregado)²⁹⁵. Por otra parte, se sostiene por cierto sector que la noción de acción sirve notablemente a la comprensión de lo que significa “unidad de hecho” o “pluralidad de hechos”; otro sector, por el contrario, considera que no es así²⁹⁶. No obstante, importa en ese debate, el concepto de acción que se tenga. Por ello, un concepto de acción desde el supuesto del hecho que sanciona el tipo penal, será un concepto de acción jurídico y, por tanto, no cabrá duda que, respecto de ese tipo penal, la unidad de acción estará en relación con la noción de acción misma. Distinto sería derivar de la concepción de acción humana –esto es, en un sentido naturalista o puramente fenomenológico-, la determinación de si se trata de una unidad de acción o unidad de hecho o si se trata de una pluralidad de los mismos. En otras palabras, la noción de acción en el sentido naturalista, nos llevaría a concluir una pluralidad de hechos –característico del caso del concurso real- allí donde, en realidad, existe, normativamente, una unidad de hecho en sentido normativo. En esa dirección reflexionan MAURACH, HEINZ GÖSSEL y HEINZ ZIPF: “Estando claro que es la unidad de acción el elemento diferenciador entre uno o más hechos punibles, en el caso de varias lesiones de bienes jurídicos, provocadas activamente, la determinación del número de los hechos punibles requiere esclarecer si estas lesiones de bienes jurídicos son atribuibles a una o más acciones humanas”²⁹⁷. En un sentido similar, a propósito de sus comentarios a los supuestos de delitos continuados y delitos permanentes, BACIGALUPO, sostiene, al diferenciar entre “unidad de acción en sentido natural” y “unidad de acción en la pluralidad de actos” –refiriéndose al último de los supuestos-, lo siguiente: “(...) Según éste la unidad de acción será producto del tipo penal: ‘unidad típica de acción’ o ‘unidad jurídica de acción’. Una unidad de esta clase se dará cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal (...)”²⁹⁸.

Por su parte, en uno de sus tratados sobre la materia, JESCHECK, nos recuerda la relevancia, para la teoría de los concursos, de la distinción entre “unidad de acción” y “pluralidad de acciones”. Entre los comentarios que realiza, se encuentra la afirmación de la no

²⁹⁴ HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Lima, Grijley, 2005. p. 924.

²⁹⁵ Sin embargo, la consideración del autor de que los llamados delitos continuados son un supuesto de unidad de acción en sentido jurídico no es de adhesión en el presente trabajo. Sin pretender extenderme al respecto, el delito continuado tiene otra naturaleza que implica que varias unidades de acción (que conforman varios tipos penales –de hecho, de la misma naturaleza) serán consideradas –por diversas consideraciones- como un solo delito. Según la teoría tradicional, uno de los elementos del delito continuado es que exista una *misma resolución criminal* –además del elemento temporal- y ese criterio –en el marco de la definición de lo que es una *unidad de acción*- de carácter subjetivo es una tesis a la que, por lo menos en lo que en este tema interesa, no me adhiero.

²⁹⁶ Así, MAURACH, HEINZ GÖSSEL y HEINZ; nos recuerdan a PUPPE en dicha línea. Puppe, según los autores citados, “rechaza la referencia al autor y a la pena unitaria que de ella se sigue, por considerarlas inconciliables con el derecho penal del hecho”. Así, partiendo de ese punto de vista y de la prohibición de una doble valoración en la determinación judicial de la pena; la autora afirma que son los elementos de la ilicitud los que determinan la unidad de hecho. Vid. MAURACH, Reinhart; HEINZ GÖSSEL, Karl; HEINZ ZIPF: *Derecho Penal. Parte General. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995. p. 519.

²⁹⁷ Ídem. pp. 521-522.

²⁹⁸ BACIGALUPO, Enrique: *Derecho Penal. Parte General*. Lima, ARA, 2004. p. 550.

dependencia entre la delimitación de la distinción mencionada al número de resultados producidos por la “acción”. Si bien, el autor hace referencia a cierto aspecto volitivo, su conclusión al respecto, es compartida aquí: “(...) la vieja distinción atenta al número de los *resultados*, aún cuando éstos supongan la lesión de bienes jurídicos altamente personales, puede haber sido ocasionada por una única manifestación de voluntad y en tal caso sólo debe estimarse concurrente con una acción (...)”²⁹⁹. Más adelante agrega: “La distinción tiene que decidirse, por el contrario, con arreglo únicamente al **sentido de los tipos legales en cada caso vulnerado** que quiepa deducir mediante la interpretación”³⁰⁰.

Haciendo un repaso por las salidas doctrinales que se fueron proponiendo en Alemania para encontrar un criterio que establezca la delimitación entre “unidad de acción” y “pluralidad de acción”, MAURACH, HEINZ GÖSSEL y HEINZ ZIPF, mencionan en su Tratado la consideración de las acciones realizadas –para ejecutar el delito- sin consideración a cualquier aspecto jurídico relacionado con la tipicidad de la conducta –o, lo que entiendo, sin consideración al supuesto de hecho englobado y sancionado por la norma penal concreta-, el número de resultados producidos e, incluso, las características personales del autor³⁰¹. Por su parte, JESCHECK –en su obra citada precedentemente-, luego de adoptar postura respecto a la unidad de acción –o pluralidad si se diera el caso- como una unidad típica, menciona que existen la “unidad típica de acción en sentido estricto” y la “unidad típica de acción en sentido amplio”. Respecto del primer caso, el autor sostiene que se trata de aquellos supuestos en donde “la estimación de unidad de acción se deriva ya de la simple realización del tipo (...). Constituye siempre una única acción la **realización de los requisitos mínimos del tipo legal**, aunque el comportamiento físico pueda también descomponerse en varios actos parciales desde el punto de vista puramente

²⁹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich: “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*”. Barcelona, BOSCH, 1978. p. 996. Así mismo, BACIGALUPO, hace referencia a la confusión que ha existido también en la jurisprudencia española respecto a la delimitación de la unidad de acción en base el número de resultados. El autor, además, comenta que para el caso de los delitos imprudentes la jurisprudencia se ha ido alienando; así, comentando algunos pronunciamientos de la jurisdicción española, manifiesta: “*Las SSTC de 8 de noviembre de 1955 y 21 de febrero de 1966 establecieron (entre otras) que todos los resultados de la imprudencia dan lugar a un solo delito culposo. Este punto de vista tiene una larga tradición en la jurisprudencia de esta Sala, en la que se sostiene en forma reiterada que siendo la única acción se deben aplicar las reglas del concurso ideal aunque sean varios los resultados producidos*”. Respecto a los delitos dolosos, en los que ciertas posiciones consideran que deben considerarse el número de resultados, BACIGALUPO, comenta que la jurisprudencia no ha llegado a una uniformidad tal como ha ido sucediendo en el caso de los delitos imprudentes. No obstante, existen precedentes - según sostiene- en los cuales la Sala prescindió del criterio del número de resultados lesivos para la determinación de la unidad o pluralidad de acciones –o, lo que es más exacto decir, para la determinación de la existencia de un concurso real o ideal en el caso concreto-: “*Así, la Sala consideró en el caso de una misma acción dolosa que produjo dos muertes que ‘cuando un solo hecho constituye dos o más delitos, como sucede en el presente caso, no deben pensarse éstos separadamente’ (...). Dicho de otra manera: la antigua jurisprudencia de esta Sala atendió a idénticos criterios en los delitos dolosos y en los culposos*”. Vid. BACIGALUPO, Enrique: Óp. cit. pp. 543 y 544. Por su parte, la jurisprudencia en Alemania, ha utilizado en anteriores oportunidades el criterio de la unidad de acción en sentido natural –e incluso, subjetivo-volitivos-, cuya crítica se traduce –en palabras de MAURACH, HEINZ GÖSSEL y HEINZ ZIPF- en que “*decisivo en contra de todo ello resulta en definitiva que la unidad de hecho constituye un concepto jurídico, que si bien se remite a determinados objetos prejurídicamente estructurados, representa el resultado de una valoración jurídica, y no de una mera valoración natural*”. Vid. MAURACH, Reinhart; HEINZ GÖSSEL, Karl; HEINZ ZIPF: Óp. cit. p. 524.

³⁰⁰ Ídem. p. 997.

³⁰¹ Vid. MAURACH, Reinhart; HEINZ GÖSSEL, Karl; HEINZ ZIPF: Óp. cit. pp. 518 y 519.

fenomenológico”³⁰². En el segundo caso, sostiene que “debe apreciarse unidad de acción con arreglo al sentido del precepto penal correspondiente pese a que el autor trasciende a la simple realización del tipo (...). En primer lugar, debe mencionarse la **realización repetida** del mismo tipo en un espacio corto de tiempo (...)”³⁰³. Respecto de lo último, particularmente considero innecesaria la distinción si atendemos, en el segundo de los supuestos, a las consideraciones que para los casos de los delitos continuados –por ejemplo- se han realizado también por la doctrina –con las específicas consideraciones propias a su naturaleza- o en el caso de los denominados delitos simples o complejos. En todo caso, siempre que existan casos como los descritos por el autor para dicho supuesto, la subsunción del hecho fenomenológicamente realizado dependerá de lo que el tipo penal establezca y de una consideración de unidad de acción en un sentido jurídico del término.

Además de la importancia de establecer un punto de partida respecto a la unidad de acción –concepto relevante para la determinación de los tipos de concurso-, es importante recordar –aunque someramente- que cierto sector de la doctrina considera al delito de enriquecimiento ilícito como un delito permanente³⁰⁴, mientras que a su vez puede darse la figura del delito continuado.

En todo caso y luego de este breve repaso, la unidad de acción viene determinada por el sentido del tipo legal concreto y la descripción del supuesto de hecho que pretende proteger a determinado bien jurídico. Claro está, hacer mención al bien jurídico como un criterio de análisis en este caso, no implica sostener que dependemos del número de resultados acaecidos para la determinación de la unidad o pluralidad de acciones.

Una vez establecido el primero concepto –que será relevante también para el comentario del llamado concurso aparente-, considero importante recordar los tipos de concurso que ha regulado nuestro legislador.

2. Acerca de la tesis del concurso aparente

En algunos tratados sobre la materia, se sostiene que el delito de enriquecimiento ilícito es “subsidiario” y, seguidamente, los tratadistas argumentan ello en las soluciones propuestas para los casos en que un delito entra en concurso aparente. Ello, desde mi punto de vista, es un error. Para explicar la posición adoptada, considero pertinente realizar algunas precisiones acerca de la definición –si es que en realidad ésta existe- del denominado concurso aparente –que, realmente, no es un concurso-. En simples términos, en el caso del concurso aparente existe una unidad de acción –de ahí su similitud con el concurso ideal- a la que, aparentemente, le son aplicables varias normas penales pero que, en realidad, solo le es aplicable una de ellas. Las normas supuestamente concurrentes, a diferencia del concurso ideal –en donde, las normas que concurren se aplican al caso-, se excluyen y solo puede aplicarse una de ellas.

³⁰² JESCHECK, Hans-Heinrich: Óp. cit. p. 997.

³⁰³ Ídem. p. 998.

³⁰⁴ Vid. MONTOYA VIVANCO, Yván: Óp. cit.

2.1. El concurso aparente, concurso de leyes o unidad de ley.

Como manifesté previamente, en el caso del concurso de leyes o concurso aparente, solo una de las normas “concurrentes” será la aplicable en este caso en donde se presenta una unidad de acción. Según MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, la exclusión de las demás normas se debe a la aplicación de determinados criterios interpretativos³⁰⁵. Por su parte, MIR PUIG es más preciso en su descripción acerca del tema tratado: “(...) Se habla (...) de ‘concurso de leyes’ cuando o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los que *sólo uno puede aplicarse*, puesto que su estimación conjunta supondría un *bis in idem*. Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes. Concorre entonces un solo delito”³⁰⁶. Como se puede apreciar, el autor citado no hace referencia –por lo menos desde un primer momento- a los criterios de solución desarrollados en doctrina en el concurso de leyes a pesar que en la legislación española existe en el Código Penal una disposición expresa de los denominados principios aplicables al tema en cuestión³⁰⁷.

Por su parte, JESCHECK y WEIGEND, omiten utilizar el término “concurso” para referirse a estos supuestos y, en cambio, se refieren a la *unidad de ley*: “Junto con ambas clases de concurrencia propia (concurso ideal y real) tienen lugar otra serie de casos en los que varias normas penales concurren solo en apariencia, siendo así que en realidad una excluye a la otra (**concurso impropio**)”³⁰⁸. Asimismo, los autores destacan que en el caso de la legislación alemana no existen disposiciones expresas respecto a los principios relativos al denominado “concurso impropio” y consideran pertinente la decisión del legislador al respecto: “(...) tampoco está regulada expresamente la cuestión de si distintas disposiciones penales se encuentran entre sí en una relación de unidad de Ley, sino que tal aspecto debe ser contestado por medio de la interpretación de los tipos que entran en juego. A la vista de la inabarcabilidad de las posibilidades que se derivan el legislador, con acierto, ha renunciado a fijar exteriormente por medio de reglas generales las distintas relaciones de concurrencia”³⁰⁹. Por su parte, SANZ MORÁN, se refiere a las normas que *entran en juego* en el caso del concurso de leyes, como “tipos prevalentes” y “tipos preteridos”, siendo los últimos aquellos que son desplazados como producto de determinado criterio que describe así: “Basta con la toma en consideración de aquél para colmar el contenido desvalorativo del supuesto concreto, por lo cual, la aplicación, junto a este tipo prioritario, de algún otro de los formal y aparentemente concurrentes, violaría la

³⁰⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Derecho Penal. Parte General”. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007. p. 466

³⁰⁶ MIR PUIG, Santiago: “Derecho Penal. Parte General”. Barcelona, Editorial Reppertor, 2011. p. 662.

³⁰⁷ No obstante, MIR PUIG acota la posición de la doctrina sobre el concurso de leyes. Así, menciona que existen dos concepciones sobre el tema. Lo cito a continuación: “Según la **doctrina mayoritaria** el concurso presupone que todos los preceptos en juego concurren efectivamente, de modo que el hecho cabe en todos y cada uno de dichos preceptos, aunque sólo uno de ellos será aplicable. **Otra dirección** entiende que la concurrencia de los distintos preceptos es sólo aparente, puesto que una correcta interpretación de los mismos pone de manifiesto que, desde un principio, en realidad sólo concurre uno de ellos”. Según el autor, la primera concepción –la mayoritaria- es la más preferible. Vid. Ídem. p. 663.

³⁰⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”. Granada, COMARES, 2002. p. 788.

³⁰⁹ Ídem. p. 789.

prohibición de la doble punición, incurriéndose así en ‘bis in idem’³¹⁰. Considero que el uso del término “prioridad” en los comentarios del autor, no es el más adecuado. Si se afirma que existe una norma prioritaria respecto de otras, significa que estas otras podrían también aplicarse – aunque no prioritariamente-; ello contradice la posición, también afirmada por la doctrina, de que en el caso del concurso de leyes, solo una norma se aplica –solo esa- al caso concreto, mientras las otras son excluidas. No se trata de “prioridad”, sino de la subsunción del hecho concreto en el tipo que englobe y considere más completamente la desvaloración del hecho – como también lo afirma SANZ MORÁN, incluso³¹¹-. Aunque a nivel práctico sí se lleve a cabo el acto de darle prioridad a una norma penal que a otra –por ejemplo, en casos de especialidad: parricidio respecto de homicidio), a nivel conceptual, es preferible, no usar el término “prioridad” para evitar la confusión de considerar que en este caso sí existe un verdadero concurso. Los llamados tipos preteridos, no son aplicables, simplemente: “(...) nos encontramos aquí con hipótesis en las cuales basta con la aplicación de uno solo de los tipos para agotar el desvalor del suceso real”³¹².

La legislación española, a diferencia de otras legislaciones –como la nuestra-, ha contemplado expresamente en su artículo 8° C.P.³¹³, los principios aplicables al concurso de leyes –por ahora interesa mencionar que contempla los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad-.

Otro ejemplo de disposición expresa acerca de los principios aplicables al concurso aparente de normas o leyes, es el caso italiano. En doctrina italiana encontramos autores que se refieren solo a tres principios: especialidad, subsidiariedad y consunción³¹⁴ –no es extraño, ni para la doctrina italiana ni para ninguna otra, que los tratadistas tengan dudas sobre el principio de alternatividad (que algunos consideran similar al de consunción o problemático en cuanto a su entendimiento)-. La legislación italiana en el Código Penal sólo contempla, sin embargo, al principio de especialidad (artículo 15° C.P.). Como sostienen GIOVANNI FIANDACA y ENZO MUSCO, en la jurisprudencia se aplican adicionalmente los criterios de subsidiariedad y consunción desarrollados por la doctrina³¹⁵.

³¹⁰ SANZ MORÁN, Angel José: *“El concurso de delitos. Aspectos de Política Legislativa”*. Valladolid, Universidad de Valladolid, 1986. p. 119. El autor no deja de hacer mención, vale aclararlo, de los criterios aplicados por la doctrina respecto del tema (esto es, especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad).

³¹¹ El mismo SANZ MORÁN, comenta que este tema *“pertenece sistemáticamente, a la teoría de la interpretación y aplicación de la ley penal”* (aunque luego agrega que tiene una relación “indirecta” con el concurso de delitos). *Ibidem*.

³¹² *Ibidem*. p. 120

³¹³ El texto del citado precepto indica: *“Artículo 8°.-Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:*

- 1) *El precepto especial se aplicará con preferencia al general.*
- 2) *El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.*
- 3) *El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.*
- 4) *En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”*

³¹⁴ FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo: *“Diritto penale. Parte generale”*. Bologna, Zanichelli Editore, 2001.

³¹⁵ Sostienen los citados autores: *“Di questi criteri, soltanto quello di ‘specialità’ trova esplicito riconoscimento nel nostro codice penale (art. 15); gli altri due costituiscono, invece, frutto di elaborazione dottrinale. In assenza di un riconoscimento*

Aunque se suele comentar en doctrina acerca de los principios aplicables para la “resolución” de los supuestos de concurso aparente; MAURACH, HEINZ GÖSSEL y HEINZ ZIPF, curiosamente, hacen referencia a dos aspectos que no con mucha frecuencia los tratadistas desarrollan: “formas de concurso aparente en sentido tradicional” y “relación entre los diversos tipos realizados por una acción”. Dentro del primer caso encajarían los principios de subsidiariedad, especialidad y consunción –a los que ya he hecho referencia citando a otros autores-; por otra parte, dentro del segundo grupo, referido a las relaciones entre los tipos, se ubican: identidad, subordinación e interferencia³¹⁶. Así, según estos autores, la relación de identidad de tipos existe: “Cuando A lesiona a una persona con una acción, existe sólo una lesión antinormativa de bienes jurídicos, sólo una realización típica, aún cuando A en la ejecución de esa acción única haya golpeado en tres oportunidades”³¹⁷. En el caso de la relación de subordinación, sostienen:

(...) se realizan varios tipos no idénticos entre sí, de los cuales uno de ellos comprende al otro u otros: la realización de un tipo realiza ‘siempre también al segundo tipo... sin que lo mismo ocurra a la inversa (...) sin embargo, cabe tener en cuenta que no todos los casos que son considerados como de especialidad en cuanto forma de concurso de leyes son al mismo tiempo casos de subordinación. Con la subordinación se describe una relación lógico-conceptual que solo se presenta ‘cuando el ámbito de aplicación del segundo tipo comprende al ámbito de aplicación del primero’ (...) ³¹⁸.

Finalmente, el caso de la relación de interferencia de los tipos es descrita en los siguientes términos por los autores: “En dicha relación se encuentran dos tipos, cuando sus campos de aplicación se entrecruzan parcialmente, de una manera tal que una acción puede realizar ambos tipos, pero también sólo uno de ellos”³¹⁹.

Estas relaciones entre los tipos penales descrita por los autores citados, hacen referencia a una postura propuesta –o “descubierta” en según indican- por KLUG³²⁰, que, según indican también, “importa con ello un desarrollo ulterior de la teoría del concurso de leyes que conduce

legislativo dei criteri di sussidiarietà e consunzione, parte della dottrina ne contesta però l'utilizzabilità nel nostro ordinamento positivo: nel convincimento che il problema del concorso apparente debba essere risolto alla stregua dell'unico criterio legislativamente previsto, quello cioè di specialità”. Ídem. p. 614. Por su parte, el artículo 15° del Código Penal italiano, referido a la aplicación del criterio de especialidad, expresa lo siguiente: “Artículo 15°.- Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito”.

³¹⁶ Vid. MAURACH, Reinhart; HEINZ GÖSSEL, Karl; HEINZ Zipf: Óp. cit. p. 554 ss.

³¹⁷ Ídem. p. 558.

³¹⁸ Ídem. p. 559.

³¹⁹ Ídem. p. 560.

³²⁰ Para conocer algunos planteamientos del autor, vid: KLUG, Ulrich: “Acerca de la ‘Teoría pura del Derecho’ y la lógica jurídica” (Traducción de: Ernesto Galdós Valdez). En link en web: http://www.ittig.cnr.it/EditoriaServizi/AttivitaEditoriale/InformaticaEDiritto/1983_02_269-277_Klug.pdf (Visitada el 14 de mayo de 2014). En concreto, sobre el tema: KLUG, Ulrich: “Lógica Jurídica”. Bogotá, Temis, 1998.

a su superación”³²¹. Se agrega a ello que esta relaciones no plasman directa incidencia con el concurso de tipos penales y que, no existe necesariamente un nexo entre el ámbito de las consecuencias jurídicas del delito –a las que se encuentra ligada, sostienen, la teoría de los concursos-. En otras palabras, las diferentes “relaciones entre tipos”, pueden configurar distintas “formas del concurso aparente”; siendo así, como en el caso de concurso aparente, en realidad, solo es aplicable una norma, no existiría una incidencia relativa a las consecuencias jurídicas del delito distintas a los criterios de determinación judicial de la pena –en donde se toman en cuenta criterios regidos por la culpabilidad y la proporcionalidad-.

En todo caso, en lo que aquí cabe, comentaré acerca de los principios “de solución” –o “formas de concurso aparente”, como los llama otro sector de la doctrina- a los que se refiere la doctrina en cuanto al concurso aparente. Así, se aceptan mayoritariamente cuatro principios: especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad.

- El **principio de especialidad** reza que “es el tipo especial el que desplaza al tipo genérico (...) El tipo especial realiza obligatoriamente el tipo general pero no todo hecho que cumple con el tipo general se puede subsumir en el tipo especial”³²². El ejemplo propuesto por BACIGALUPO para este principio es el del delito de asesinato respecto del homicidio³²³, agregando que “la relación de especialidad se da en todos los casos en que los tipos guardan la relación de cualificado o privilegiado con respecto al tipo básico”³²⁴. Conocido ejemplo en este caso también es el del delito de homicidio frente al delito de parricidio –en donde la relación de parentesco convierte al tipo en uno con la especial característica de ser cualificado³²⁵-. Este principio, no obstante, es un criterio aplicado a todo el derecho en general y no es exclusivo del derecho penal: *lex specialis derogat legi generali*. Como sostienen MAURACH, HEINZ GÖSSEL y HEINZ ZIPF, “existiría un desplazamiento a causa de la especialidad del único tipo aplicable, cuando diversos tipos concurren respecto de la misma situación de hecho, pero uno de ellos se adapte mejor que los demás a los contornos de la acción respectiva, expresando por consiguiente, de manera más plástica su carácter delictivo”³²⁶. En todo caso, es unánime la aceptación doctrinal de que este principio es aplicado cuando, en el marco de una unidad de acción, el hecho cometido sea

³²¹ MAURACH, Reinhart; HEINZ GÖSSEL, Karl; HEINZ Zipf: Loc. cit.

³²² Vid. BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Miguel: “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Lima, EDDILI, 2005. pp. 393 y 394.

³²³ En el caso peruano, el tipo penal de homicidio se encuentra tipificado en el artículo 106° y el delito de asesinato en el artículo 108°. A grandes rasgos, el delito de asesinato tipificado en el artículo 108° reprime con una pena más grave a aquél que mate a otro bajo determinadas circunstancias no especificadas en el artículo 106°: por ferocidad, por lucro, para facilitar otro delito, con uso de fuego o veneno, etc.

³²⁴ BACIGALUPO, Enrique: “Derecho Penal. Parte General”. Lima, ARA, 2004. p. 538.

³²⁵ No obstante, el artículo 107° C.P. que sanciona el parricidio, no contempla en su parte básica una sanción penal más agravada que el delito de homicidio: mientras en el primer caso la pena abstracta establece un máximo de quince años de pena privativa de libertad, en el segundo, el marco de la sanción penal es de seis a veinte años de pena privativa de libertad. Es extraño que en este caso, en donde la relación de parentesco –sobre todo la más cercana- implica una posición de garante respecto de la víctima, la pena sea menor.

³²⁶ MAURACH, Reinhart; HEINZ GÖSSEL, Karl; HEINZ Zipf: Óp. cit. 555.

“subsumible” en más de un tipo penal. Al estar abarcado más completamente por uno de ellos –por las específicas características, ya sean: medio, sujeto, elementos subjetivos, etc.- y, por lo tanto, la sanción penal, en base al principio de proporcionalidad, sea la respuesta a esa conducta concreta y no exista, por lo tanto, un exceso de la respuesta punitiva del Estado. Otro ejemplo de aplicación del principio de especialidad lo encontramos en el caso del hurto simple (artículo 185° C.P.) frente al hurto agravado (artículo 186° C.P.); o del hurto en general frente al robo (artículo 188° C.P.) –lo mismo podríamos decir del delito de robo frente al de robo agravado-. En los casos citados, la especificación de las conductas –por ejemplo, entre el tipo base y el tipo agravado- conlleva a una mayor imposición de la sanción penal³²⁷, pero no necesariamente en todos los casos resultará así.

En el ámbito de los delitos contra la administración pública, por sus especiales características en cuanto el bien jurídico protegido, debemos recordar que existe un bien jurídico supraindividual y, a su vez, bienes jurídicos específicos protegidos por cada tipo penal. En la mayoría de casos, los tipos penales sancionan conductas diferenciadas, por ello, es más difícil la existencia de una unidad de acción que *encaje* en más de una norma. Sin embargo, se suele usar como ejemplo el delito de abuso de autoridad (artículo 376° C.P.) respecto a los demás delitos cometidos por funcionarios públicos por implicar, en el caso de éstos últimos, en sí mismos actos de abuso de autoridad. Sin embargo, depende mucho la interpretación y el bien jurídico específico que se busque proteger con el abuso de autoridad y tener en claro el significado de sus elementos descriptivos y normativos en relación con la protección de aquél, para determinar si se trata de una conducta diferenciada o, en otras palabras, si se trata de una figura que engloba una conducta no abarcada con mal uso de la función pública común a todos los delitos del Capítulo II del Título XVIII del C.P. No obstante, un ejemplo de aplicación del principio de especialidad en estos delitos, sería el caso de los tipos penales correspondientes agravados frente a su tipo base: la colusión simple de la colusión agravada (artículo 384° C.P.); lo mismo, para el caso del peculado (artículo 387° C.P.) frente al denominado peculado de uso (artículo 388°).

En lo que aquí respecta, por lo tanto, por la complejidad de la característica de determinados tipos penales, no necesaria y estrictamente el principio de especialidad en el caso de “conurrencia” aparente de normas penales ante una unidad de acción, está ligado a la estricta fórmula de lo general-especial, o, en otras palabras: “del tipo más abierto al más cerrado”. Como sostiene BUSTOS RAMÍREZ: “Conforme al principio

³²⁷ El medio empleado, por citar un ejemplo en estos delitos, es un criterio que determinante de la figura penal a aplicarse por especialidad. Además, es importante acotar que si bien en el hurto se protege el patrimonio al igual que en el robo; en el caso del robo la protección penal se extiende ante una conducta que ponga en riesgo otros bienes jurídicos individuales tales como la vida o la integridad. Sin embargo, al margen del bien jurídico vulnerado con el hecho, no es el punto de partida para la subsunción de la conducta –pues puede llevarnos a un error cuando la exista identidad de bien jurídico pero a su vez modalidades distintas de vulnerarlo (siguiendo con el grupo de delitos comentado, por ejemplo, el hurto de uso tipificado en el artículo 187° C.P.). Es, pues, una cuestión de interpretación, como más adelante se comentará con mayor detenimiento.

de especialidad, el tipo legal más específico prima sobre el más general. Tal sucede, en los tipos cualificados o privilegiados en relación al tipo base y también en el caso de un delito compuesto respecto de delitos simples³²⁸.

- Según el **principio de consunción** y en palabras de BACIGALUPO: “La relación de consunción se da cuando el contenido ilícito y la culpabilidad de un delito están incluidos en otro; en otras palabras, cuando ‘la realización de un tipo (más grave), por lo menos por regla general, incluye la realización de otro (menos grave)’³²⁹. Por su parte, en palabras de JESCHECK, la aplicación de este principio resulta polémica: “Especialmente polémico es el supuesto de **consunción**. Con carácter general sólo cabe afirmar que hay que estimar consunción cuando el contenido de injusto y de culpabilidad de una acción típica alcanza, incluyéndolo, a otro hecho o a otro tipo, de suerte que con la condena basada en *un* solo punto de vista jurídico ya expresa, de forma exhaustiva, el desvalor de todo el proceso³³⁰. Un ejemplo que coloca el autor citado dentro de este principio es el del “hecho acompañante típico”, esto es, “cuando el legislador, al establecer un precepto penal cualificado, ya ha tomado en cuenta la circunstancia de que el hecho, normalmente, aparece acompañado de otro hecho dotado de un contenido de injusto esencialmente inferior que no afecta a la gravedad del hecho principal³³¹. Ejemplos englobados en este principio, respecto de los cuáles no hay mayor discusión, son los denominados “hechos acompañantes característicos³³² –ejemplos en la legislación española citados por BACIGALUPO aquí: el uso ilegítimo de vehículo de motor respecto del hurto del combustible consumido por la realización del primero y el aborto respecto de las lesiones causadas por aquél³³³-. También se consideran parte de la aplicación de este principio, los casos de “actos posteriores copenados” que BACIGALUPO define de la siguiente manera: “(...) son los que constituyen la realización de un nuevo tipo penal cuyo contenido es el aseguramiento o la utilización de la cosa adquirida delictivamente³³⁴. El autor también sostiene: “son casos en los que **la interpretación permite afirmar que la relación existente entre la realización del delito principal y el posterior constituye una unidad tal que la ley la considera alcanzada por la primera**”³³⁵ (resaltado agregado).

Sobre lo último, un breve y general comentario: me viene en mente al leer la descripción realizada por el autor sobre este tipo de casos –los de consunción- a la definición realizada por los diversos autores respecto a los supuestos de concurso aparente. Siendo así, ¿cuál sería la diferencia que marcaría –desde dicha definición- al

³²⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Óp. cit. p. 589.

³²⁹ BACIGALUPO, Enrique: Óp. cit. p. 539

³³⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich: Óp. cit. p. 1038.

³³¹ Ídem. p. 1039.

³³² Vid. BACIGALUPO, Enrique: Óp. cit. p. 540.

³³³ Ibídem.

³³⁴ Ibídem.

³³⁵ Ibídem.

principio de especialidad frente al de consunción? Sobre esta última interrogante, me pronunciaré más adelante al sentar posición respecto de la existencia del supuesto de “concurso de leyes” o “unidad de ley”; por lo pronto, interesa comentar que, en el plano nacional, VILLAVICENCIO TERREROS sostiene respecto de este principio: “(...) consiste en que el precepto más amplio o complejo absorba a los que castigan las infracciones consumidas por aquél; (...). La Ley, que encierra ya en sí el disvalor delictivo de otra ley, excluye a ésta por razones valorativas”³³⁶. Según nos comenta este autor, es difícil distinguir entre el principio de consunción y el de subsidiariedad, sin embargo, comenta además que en el caso de consunción: “un delito engloba otros hechos ya de por sí constitutivos de delitos que no se castigan autónomamente porque su disvalor va inducido ya en el disvalor del delito del que forma parte. Ejemplo: la tentativa queda consumada por otro delito consumado como es el caso del delito de lesiones con el delito de homicidio”³³⁷. Por su parte, QUINTERO OLIVARES sostiene que entre todos los principios desarrollados en doctrina para el supuesto de concurso aparente de leyes, los de especialidad y consunción son los más importantes. Sobre la consunción, sostiene: “Los casos de consunción consisten siempre en lo mismo: que el injusto material de una infracción acoge en sí injustos menores, que se sitúan respecto de ella en una relación cuantitativa de inferioridad”³³⁸. Un ejemplo, en nuestro Código Penal, dentro de supuestos como los descritos, sería el artículo 211° C.P –sobre uso de documentación falsa en un procedimiento de insolvencia- frente al artículo 427° C.P. en su último párrafo –referido al uso de documentos falsos-: el primero consume al segundo (aunque, ciertamente, la sanción penal establecida por el legislador es más elevada en el segundo caso).

- Por su parte, el **principio de subsidiariedad**, existe, según MAURACH, HEINZ GÖSSEL y HEINZ ZIPF, cuando un tipo penal “(...) desde un principio, sólo reclame vigencia como tipo residual, es decir, cuando no exista otro tipo que presente un mejor derecho de ser aplicado”³³⁹. Por su parte, JESCHECK, sostiene sobre este principio:

Subsidiariedad significa que un precepto penal sólo ha de encontrar aplicación de forma auxiliar, para el caso de que no intervenga ya otro precepto penal. (...) El fundamento material de la subsidiariedad lo ve Honig en el hecho de ‘que distintas proposiciones jurídico-penales protegen el mismo bien jurídico en distintos estadios de ataque’. La estructura lógica de la subsidiariedad no es la de la subordinación, sino la de la interferencia³⁴⁰.

³³⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A.: “Concurso de Delitos y Concurso Aparente de Leyes” / Estudios Penales: Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont-Arias / Lima, San Marcos, 2003. p. 351.

³³⁷ *Ibidem*.

³³⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Óp. cit.* p. 821. Por ejemplo, la misma definición encontramos también, en: NOVOA MONREAL, Eduardo: “Curso de Derecho Penal Chileno”. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1966; CREUS, Carlos: *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990.

³³⁹ MAURACH, Reinhart; HEINZ GÖSSEL, Karl; HEINZ ZIPF: *Óp. cit.* p. 554.

³⁴⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich: *Óp. cit.* p. 1036

Mientras tanto, CREUS afirma al respecto:

El delito considerado subsidiario se aplica en cuanto no se dé el tipo de otro distinto, que se refiera a acciones de la misma naturaleza. Las razones de desplazamiento por subsidiariedad pueden obedecerá distintas circunstancias: 1) que el tipo desplazante asigne mayor pena a la misma acción del tipo desplazado cuando quede comprendida en él (...) 2) o que la acción concretamente prevista en un tipo pueda quedar comprendida entre acciones posibles de otro tipo, en cuyo caso aquel tipo desplazará a éste (...) ³⁴¹

La doctrina también comenta que la subsidiariedad puede presentarse de forma expresa en la norma o de manera tácita –JESCHECK, las clasifica también como “formal” (en el caso de la expresa) y “material” (en el caso de la tácita)³⁴²; así, MIR PUIG, por ejemplo, comenta al respecto lo siguiente: “Existe **subsidiariedad expresa** cuando un concreto precepto penal condiciona expresamente su propia aplicación a que el hecho por él previsto no constituya un delito más grave (...). La **subsidiariedad tácita** debe admitirse cuando la interpretación del sentido de un precepto pone de manifiesto que no pretende ser aplicado cuando concurre otra posible calificación más grave del hecho por constituir éste una *forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico*”³⁴³. Según lo comentado hasta aquí, no parece clara la determinación de cuándo un tipo penal debe ser considerado “subsidiario” de otro. Indica VILLAVICENCIO TERREROS, por ejemplo, que este principio parece “una contrapartida del principio de especialidad ya que si no se puede cumplir con todos los requisitos que exige el tipo especial se aplicará en forma auxiliar el tipo general”³⁴⁴. En realidad, lo comentado por el citado autor, no se aleja demasiado de la posición adoptada en este trabajo –aunque con los matices que se realizarán más adelante-. Si bien lo partidarios de considerar la aplicación de un concurso aparente –donde corresponda- y, por lo tanto, sus principios, han reconocido mayoritariamente la existencia de la subsidiariedad expresa y tácita, no se explica por qué solo se recurre al criterio de la interpretación de la norma para el caso de la subsidiariedad tácita –salvo, claro, que en el caso de la subsidiariedad expresa, al estar establecido normativamente, el principio de legalidad vincula³⁴⁵-.

³⁴¹ CREUS, Carlos: “Derecho penal. Parte General”. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990. p. 288.

³⁴² El autor, además, subclasifica a la subsidiariedad como “absoluta” y “relativa”. En el primer caso, sostiene que “la vigencia de una ley puede regularse de forma que haya de retroceder ante todo otro precepto penal”. En el segundo caso, manifiesta: “Como regla, sin embargo, sólo goza de preferencia el tipo de conmina la acción con pena más grave”. Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich: Óp. cit. p. 1037.

³⁴³ MIR PUIG, Santiago: “Derecho penal. Parte general”. Barcelona, Editorial Reppertor, 2011. p. 665.

³⁴⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: Óp. cit. p. 350

³⁴⁵ No obstante, cuando la subsidiariedad es expresa, el tipo penal no indica precisamente respecto de qué otro tipo penal será subsidiaria la norma en cuestión. Nuevamente, se tendrá que echar mano a la interpretación. VILLAVICENCIO TERREROS indica al respecto: “En la subsidiariedad expresa el propio tipo penal indica la aplicación del principio; en otras palabras, el legislador suele acuñar, en la norma penal, cláusulas como éstas: ‘siempre que el hecho no esté sancionado con pena mayor’, ‘a no ser que el hecho esté punido de otra manera en la ley’, ‘si el hecho no constituye otro delito más grave’ o semejantes” (Vid. *Ibidem*).

Otra consideración que habría que tomar en cuenta es el marco penal de los tipos pues no es ajeno a nuestro conocimiento que el legislador ha incurrido en innumerables ocasiones en aprobar la elevación de penas sin necesariamente realizar un análisis político criminal del fenómeno delictivo concreto ni de respetar de manera responsable la exigencia del principio de proporcionalidad.

Mientras que un sector de la doctrina, como se indicó previamente, sostiene que existen algunas confusiones en diferenciar claramente entre concusión y especialidad, lo mismo se dice, de otro lado, respecto del principio de subsidiariedad respecto del de especialidad.

- El **principio de alternatividad** no es aceptado por la unanimidad de la doctrina³⁴⁶. En algunos casos se sostiene que su difícil conceptualización o la difícil descripción de los casos que englobaría, entorpece un entendimiento de la teoría del concurso aparente –y que, por ello, sería preferible no adoptarlo como un principio de solución³⁴⁷-. Sin embargo, un sector importante lo admite como uno de los principios aplicables aunque haciendo referencia a la dificultad que implica su definición. Así, HURTADO POZO sostiene: “Siguiendo a Binding, (...) autores estiman que el principio de alternatividad se aplica cuando se trata de casos en que la misma acción es contemplada desde diferentes puntos de vista, por diversas disposiciones legales, de las cuales una es aplicable en la medida en que la otra no estatuya una pena más grave”³⁴⁸. Como puede apreciarse de la definición citada, no parece existir algún criterio en la misma que nos ayude a diferenciar claramente entre, por ejemplo, el principio de subsidiariedad y el de alternatividad. No sería, por lo tanto, una definición que sirva para distinguir este principio del resto de los ya mencionados. Según comenta HURTADO POZO sobre lo postulado por BINDING en este extremo: “La estructura lógica al principio de alternatividad, (...) es la de la subordinación, propia del principio de especialidad. No puede tratarse de la estructura lógica de la interferencia que corresponde al principio de la subsidiariedad o al concurso ideal”³⁴⁹. Seguramente por su difícil delimitación como principio conformante del concurso aparente, VILLAVICENCIO TERREROS ha optado por una definición en clave “negativa” o “por descarte”: “Se da este principio cuando los principios anteriores (especialidad,

³⁴⁶ Así, por ejemplo, en la doctrina nacional, PEÑA CABRERA solo reconoce los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción (Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Raul Alfonso: Óp. cit. p. 661 y ss.). Por su parte, MAURACH –en la doctrina alemana- (Vid. MAURACH, Reinhart y otros: Óp. cit.) tampoco reconoce el principio de alternatividad dentro de la teoría del concurso aparente. Por contrario, QUINTERO OLIVARES –en la doctrina española- (Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: Óp.cit.), sí lo reconoce. No obstante, lo que parece ser unánime en la doctrina que hace mención a la alternatividad es que ésta no es de fácil precisión.

³⁴⁷ Por ejemplo, ULRICH KLUG –citado por HURTADO POZO-

³⁴⁸ HURTADO POZO, José: Óp. cit. p. 961

³⁴⁹ Ídem. p. 962.

subsunción³⁵⁰, y consunción) no pueden dar solución a un concurso aparente de leyes. Entonces, siguiendo este principio, se aplicará el dispositivo que tenga la pena más grave (...) con esto se obliga a elegir el precepto que castigue más gravemente la conducta. Se excluyen los preceptos con penas menores”³⁵¹. Sin embargo, criticando la definición de este último autor, no es posible aplicar un “principio” por descarte o en base a las penas que el legislador ha establecido para determinados tipos penales que supuestamente son concurrentes –sobre todo, cuando, como ya se ha comentado, el legislador atiende en no pocas ocasiones a los índices de criminalidad para incrementar las penas, sin realizar un profundo análisis de principios tales como el de proporcionalidad, humanidad de las penas, rehabilitación o resocialización del individuo, etc.; o de la aplicación de un adecuado sistema de política criminal para resolver los conflictos sociales-.

2.2. El concurso aparente. Postura personal.

Luego del breve repaso realizado previamente en torno al concurso aparente, considero importante realizar una importante reflexión en torno a la necesidad –o no- de desarrollar una teoría que pretenda resolver casos en donde la interpretación de los tipos penales –y, por lo tanto, la subsunción de los hechos penalmente relevantes en los mismos- juega un papel fundamental.

He realizado mención a una postura desarrollada por MAURACH (y otros), en torno a la diferencia entre las “formas de concurso de leyes” y el concurso aparente como “relación entre los diversos tipos” que entraría en concurrencia y son realizados por una sola acción. Me adelanto a sentar la siguiente posición: los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción –y la difusa alternatividad-, no son criterios de solución ni creo necesaria su regulación expresa –como en el caso de la legislación española o la normativa italiana respecto del extremo que ha regulado-. En todo caso, considero que pueden ser descriptivas de la manera como se relacionan los tipos penales que aparentemente concurren ante una unidad de acción –o de hecho-. De alguna manera, HURTADO POZO, lo sostiene también cuando manifiesta, al realizar sus comentarios en torno al principio de consunción-: “Como todos los demás principios, el de consunción no es sino una tentativa de sistematizar las innumerables posibilidades de relación que existen entre los tipos legales y de su interpretación debido, precisamente, a sus características propias, de aplicación de los mismos a los casos concretos”³⁵². Por su parte, autores como JAKOBS³⁵³, sostienen que la solución a los casos de concurso aparente, se pueden reducir a la aplicación del principio de especialidad. Sin embargo, dependerá de cómo entendemos la aplicación de este principio en el marco del tema tratado pues sabemos que en muchos casos, no existirá necesariamente la ecuación “de lo más especial a lo más general”,

³⁵⁰ Si bien el autor utiliza este término, se comprende desde aquí que el autor se refiere al principio de subsidiariedad –probablemente, un error de redacción ha sido la causa del uso del término citado-.

³⁵¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: Óp. cit. p. 352.

³⁵² HURTADO POZO, José: Óp.cit. p. 969.

³⁵³ Vid. JAKOBS, Günther: “Derecho Penal. parte general, fundamentos y teoría de la imputación”. Madrid, Marcial Pons, 1997.

sino que en realidad, la ecuación se reduciría –aunque sin negar las dificultades que puede entrañar la tarea de realizarlo en la práctica- a subsumir el hecho en el tipo penal que lo comprenda en su mayor plenitud.

En el caso peruano, y seguramente otras legislaciones no se escapan a ello, las dificultades se incrementan notablemente debido al modo cómo se tipifican las conductas o se modifican las sanciones penales –más precisamente: el incremento de las mismas-. Existe una falencia importante respecto a la adecuada sistematización de los tipos penales que genera confusiones. Sumado a ello, la consideración de aquello que realmente está siendo protegido por el tipo penal concreto³⁵⁴ –el bien jurídico- se pasa por alto en muchos casos y genera problemas de interpretación allí en donde, justamente el bien jurídico es un criterio para la interpretación de la norma penal y, por consiguiente, importante para una correcta subsunción de los tipos.

Por otro lado, las definiciones acuñadas sobre “concurso aparente”, parecen ser suficientemente claras al indicar que de lo que se trata es de una unidad de acción en donde aparentemente dos o más normas son aplicables pero que se “excluyen” entre sí –o, más concretamente, no se pueden aplicar todas sino una sola- y, por lo tanto, el mismo está suficientemente comprendido en una de éstas. La tarea de subsumir el hecho en la norma correspondiente puede ser dificultosa si el legislador no ha previsto una regulación adecuada de las diferentes maneras en las que se pueden afectar bienes jurídicos –por ejemplo, en el caso de los delitos supraindividuales, en donde existe un bien jurídico genérico común a todos ellos-; sin embargo, los principios aportados por la teoría del concurso aparente no aclaran precisamente el panorama pues existen entre ellos incluso, problemas en torno a la determinación de los casos que abarca cada uno. Así, por ejemplo, como ya se ha adelantado, algunos de estos principios apelan al criterio del marco penal establecido que, en la práctica, no necesariamente son reflejo leal del principio de proporcionalidad.

Por otra parte, incluso bajo la aceptación de los principios de subsidiariedad, especialidad, concusión y alternatividad como criterios claros de solución a la problemática presentada en el denominado concurso aparente, no por ello podemos adjudicarle una

³⁵⁴ A modo de ejemplo, tenemos en nuestro ordenamiento disposiciones que, por la sistematización –más allá de las consideraciones dogmáticas o de principio que se puedan comentar- realizada por el legislador en cuanto al fin que se estaría protegiendo, generan problemas en cuanto a su interpretación pero, además, dudas en cuanto a la relevancia penal del hecho tipificado. En el último caso podríamos hacer mención al art. 450-A del C.P. que tipifica el maltrato animal como una falta contra las buenas costumbres –es realmente viable sostener, sin inconvenientes, que el bien jurídico protegido sean las “buenas costumbres”?- . Otro ejemplo, que además ha invitado a la Corte Suprema a emitir un Acuerdo Plenario para “aclarar” el tema, es el del hurto simple (art. 185° C.P.), hurto agravado (art. 186° C.P.) y la “falta de hurto” (art. 444° C.P.) –recordemos que para considerar como delito al hurto, el monto de lo hurtado debe sobrepasar el valor de una remuneración mínima vital (algo que el hurto agravado no contempla y que, para evitar problemas de interpretación y de subsunción en el marco de la solución de un caso concreto, pudo haber sido previsto expresamente en la norma correspondiente). También materia de otro Acuerdo Plenario ha sido el caso de los artículos que tipifican el favorecimiento a la prostitución (art. 179° C.P.) y el proxenetismo (art. 181° C.P.) –y este último con el de la trata de personas (art. 153° C.P.). Y podríamos seguir encontrando otros ejemplos sobre cómo el legislador ha coadyuvado a la dificultad de aplicación de los tipos a un caso en donde la unidad de acción se encuentre presente.

naturaleza concreta –como sucede con el delito de enriquecimiento ilícito y su consideración como delito subsidiario-, a un tipo penal que, como ya se adelantó, tiene por finalidad proteger un bien jurídico concretizado y de ineludible relevancia para el mantenimiento de las condiciones de seguridad del correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico genérico.

3. El enriquecimiento ilícito en concurso aparente.

He sostenido ya, desde el punto de partida del bien jurídico específicamente protegido, que este tipo penal es autónomo. Sin embargo, considero preciso recordar que alguna de las razones por las cuáles se le adjudica esta naturaleza de subsidiario, es en virtud a la aplicación del principio de subsidiariedad en el marco de la aplicación del concurso aparente. En ese sentido, una vez realizadas mis críticas a la teoría del concurso aparente, la posición de su no aplicación en el caso del enriquecimiento ilícito configura una consecuencia lógica.

Creo preciso, sin embargo, aclarar que incluso, desde la aplicación práctica del concurso aparente, existe una coincidencia entre la solución del principio de especialidad y la solución que –sin necesidad de recurrir a una teoría innecesaria- se aplica en los casos en los que se pretende subsumir un hecho en una norma penal –y que “aparentemente” parece subsumirse también en otras-. Me refiero al principio de especialidad. Sin embargo, como se ha anotado también, es más preciso sostener que se aplica el tipo penal que abarque más completamente el injusto cometido y no, tan genéricamente, que se aplica el tipo penal *más especial sobre lo más general*.

Una de las posturas que apoyan la subsidiariedad el enriquecimiento ilícito sostiene que *debe* ser considerado así en virtud de la aplicación del concurso aparente que implica la aplicación de una sola de las normas que aparentemente concursan, para evitar la violación del principio del *ne bis in idem*. Para responder ello, importa recordar a modo general que, para la lesión de dicho principio elemental del debido proceso, debe cumplirse la *triple identidad: sujeto, hecho y fundamento*. En esa línea, se comenta que no puede aplicar otro concurso que no sea el “concurso” aparente que obliga –desde su teoría- a excluir otras normas aparentemente aplicables, para aplicar sólo una. Con ello, al parecer, se salvaría el principio aludido pues ante una unidad de acción –mismo hecho-, cometido por el funcionario público –mismo sujeto-, no se sancionaría sino por un solo delito y no por dos –que implicaría sancionar por el mismo fundamento-. Sobre ello, cabría preguntarnos si existen los mismos fundamentos (mismo interés o mismo bien jurídico según lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias³⁵⁵) entre, por ejemplo, los delitos contra la Administración Pública –incluido el enriquecimiento ilícito-. Si por “mismo fundamento” se entiende “mismo bien jurídico o mismo interés tutelado”, debemos recordar -como se ha insistido constantemente- que existen bienes jurídicos específicos tutelados en los delitos de corrupción –incluyendo, como ya se ha desarrollado, al enriquecimiento ilícito-. Basta que uno de los elementos de la triple identidad no se cumpla para sostener que el *ne bis in idem* no se vulnera. Ello puede quedar más claro,

³⁵⁵ La más representativa: STC N° 2050-2002-AA/TC, como se citara ya *in supra*.

recordando los dos ejemplos propuestos respecto de los delitos de peculado y cohecho pasivo en la modalidad correspondiente. Sin embargo, es posible, ya lo he anotado, que uno de los tipos contemple más completamente el hecho cometido por el autor. Sin embargo, ello solo habría que analizarse caso por caso y no admitirse como una regla irrefutable y menos como un fundamento para otorgarle la naturaleza a un tipo penal.

Por otro lado, habría que preguntarnos, también, en todo caso si la unidad de acción –el mismo hecho- se cumple siempre para todos los casos. Es decir, ¿es acaso la acción típica del enriquecimiento ilícito la misma que se sanciona con otros tipos penales? Recordemos que dentro del planteamiento del concurso aparente, debe existir una unidad de acción –como en el caso del concurso ideal-.

Otro punto de partida erróneo, desde mi consideración, es pensar en el enriquecimiento ilícito como un delito aplicable en el caso de que no se pueda probar aquél otro ilícito que posiblemente cometió el funcionario para obtener el incremento patrimonial. En principio, un delito, cualquier que fuera, no se aplica por deficiencia del otro, o, en otras palabras: un delito no se aplica en virtud a que no se puede probar otro. Se aplica si el hecho se subsume en él de manera completa –y tras dicho argumento simple: si el hecho lesiona³⁵⁶ el bien jurídico protegido con el tipo penal concreto-. La falta de prueba de otro delito no equivale al indicio ni prueba del otro. Por eso, es criticable desde todo punto de vista expresar esa postura sin argumentar o precisar si quien la sostiene se refiere a las razones históricas por las que el legislador decidió crear la norma, con su naturaleza y la legitimidad de su tipificación en nuestro ordenamiento.

Por otra parte, es confusa la consideración de la doctrina respecto al principio de subsidiaridad respecto de la pena abstracta del delito “residual”. La doctrina mayoritaria considera que los delitos subsidiarios –o, si se quiere, de aplicación residual o subsidiaria- traen consigo un marco penal menos grave que el tipo penal “principal” que no se ha logrado probar. Ello, por ejemplo, en el caso del enriquecimiento ilícito no se logra evidenciar –si es que acaso avalara la tesis de la subsidiariedad- pues éste tiene un marco penal de hasta diez años de pena privativa de libertad y, con la agravante de hasta quince años, mientras que los demás delitos contra la administración pública no presentan, en general, un reproche más gravoso³⁵⁷.

4. El delito de enriquecimiento ilícito en concurso real y/o ideal.

Luego de lo manifestado, es conveniente realizar algunas reflexiones respecto a la posibilidad del enriquecimiento ilícito con un tipo penal que concurre en forma *ideal* o *real* con

³⁵⁶ Me refiero a la lesión procurando facilitar el discurso y la comprensión de la idea principal. Por supuesto, como es obvio, podríamos hablar de tentativas, o de peligro concreto a las condiciones de seguridad mínimas para el mantenimiento del bien jurídico como factor esencial para el desarrollo e interacción de los ciudadanos-.

³⁵⁷ Así por ejemplo, el cohecho pasivo propio tiene un máximo de 8 años de pena privativa de libertad –en su forma agravada, hasta 10 años de pena privativa de libertad-, el delito de malversación de fondos tiene un máximo de cuatro años en su forma básica y 8 en su forma agravada-, el peculado no impone en su forma básica más de 8 años –aunque en su forma agravada llega hasta 12 años de pena privativa de libertad-, el delito de colusión impone no más de 6 años de pena privativa de libertad en su forma básica y no más de 15 años en su modalidad agravada-; etc.

otros tipos penales. Ello, sin pretender ahondar demasiado por la falta de espacio, es una propuesta ya emitida por un sector de la doctrina, aunque partiendo de otras bases –GÁLVEZ VILLEGAS, por ejemplo³⁵⁸-. Previamente, realizo algunas reflexiones sobre la teoría planteada en torno a las dos clases de concurso, en el caso del concurso ideal con mayor extensión por ser un supuesto de algún modo más cercano a la problemática planteada: la posibilidad de una unidad de acción en donde o sólo una norma sea aplicable (por ser aquella que corresponda según los criterios de interpretación de las normas), o lo sean más de una por no existir coincidencia entre los bienes jurídicos protegidos específicamente, y, por lo tanto, no se pueda hablar –como lo hacen los partidarios del concurso aparente y sus principios de solución- de una vulneración del *ne bis in idem*.

Entonces, a continuación, previamente a las consideraciones finales respecto al tema, desarrollo de modo conceptual –y descriptiva preponderantemente-, la teoría del concurso ideal y real.

4.1. Concurso ideal

Existe concurso ideal cuando un solo hecho (una unidad de hecho, según la tesis propuesta en el párrafo anterior) lesiona dos o más normas penales. O, en otros términos, cuando éstas son aplicables al hecho cometido (un solo hecho). Sin embargo, adicionalmente, la doctrina hace una distinción entre los tipos de concurso ideal. En palabras de SANZ, concurso ideal se define en los siguientes términos: “Se califican como concurso ideal o formal de delitos aquellas situaciones en las que una misma acción o hecho (en el sentido que más adelante veremos) cumple diversos tipos penales, sin que la aplicación de uno solo de ellos baste para colmar el desvalor jurídico-penal de la conducta”³⁵⁹.

Así, sostiene MIR PUIG: “La doctrina distingue el concurso ideal **heterogéneo** y el concurso ideal **homogéneo**. El primero se produce cuando el hecho realiza hechos distintos, mientras que el segundo se dará cuando los delitos son iguales”³⁶⁰. Lo último, en palabras de MUÑOZ CONDE, significa lo siguiente: “Cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos (la bomba terrorista mata a varias personas) o heterogéneos (la bomba mata y produce daños materiales) surge el llamado concurso ideal o formal”³⁶¹.

Sin embargo, como anota SANZ, respecto del concurso ideal homogéneo, han existido opiniones divididas –debido a que en puridad se trataría de una sola acción que infringe varias veces el mismo delito o, en otros términos, vulnera varias veces el mismo bien jurídico. El autor cita tres posiciones desarrolladas en doctrina al respecto y utilizadas como criterio para los casos

³⁵⁸ Vid. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás: Óp.cit.

³⁵⁹ SANZ MORÁN, Angel José: “El concurso de delitos. Aspectos de Política Legislativa”. Valladolid, Universidad de Valladolid, 1986. p. 143.

³⁶⁰ MIR PUIG, Santiago: “Derecho Penal. Parte General”. Barcelona, Editorial Reppertor, 2011. p. 656.

³⁶¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Derecho Penal. Parte General”. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007. p. 462. También vid. JESCHECK, Hans-Heinrich: Óp. cit. p.1011.

en los que se presenta la situación descrita³⁶². Un criterio comentado por SANZ es el de considerar que en dicho supuesto es en realidad un caso de concurso real; esto último forma parte de lo que en algún momento se propulsó en Alemania por VON BURI³⁶³, quien partiría de una concepción de acción naturalista pero, además, cuya delimitación (esto es, entre unidad de acción y pluralidad de acción) utilizaba como criterio el número de bienes jurídicos vulnerados. Entonces, según lo indica SANZ, para la teoría del concurso real, lo que estaría ocurriendo sería una múltiple vulneración de bienes jurídicos (de la misma naturaleza pero diferentes en tanto “pertenecientes” a distintos sujetos pasivos) y, por lo tanto, no sería una sola acción sino varias acciones las realizadas –y, por ello, se trataría de concurso real-. SANZ menciona también en este punto al criterio de delito único, según el cual, si bien alejándose de la teoría del número de resultados para la determinación de la existencia de una unidad de acción o pluralidad de la misma, el concurso ideal homogéneo –aceptando, claro, la existencia de una unidad de acción en este caso- sería una “tipicidad reforzada” en donde para la aplicación de la sanción penal se tomará en cuenta la cantidad de resultados lesivos a ese bien jurídico varias veces vulnerado por esa sola acción. Y, por último, menciona la teoría de la equiparación de este tipo de casos –esto es, unidad de acción lesiva de bienes jurídicos de la misma naturaleza- al concurso ideal heterogéneo. Según esta última posición, no se puede hacer depender la naturaleza ideal del tipo de concurso a la homogeneidad o heterogeneidad de los resultados producidos por la sola acción. SANZ afirma, entonces, que asumiendo esta postura, se puede concluir con MEZGER que existen tres formas de concurso ideal: “1. La acción unitaria causa varios resultados heterogéneos, que son objeto de una valoración jurídica heterogénea; 2. La acción unitaria origina un solo resultado que, no obstante, es objeto de una valoración jurídica global; 3. La acción unitaria tiene varios resultados de la misma especie, que son también objeto de un enjuiciamiento jurídico de la misma especie, pero plural”³⁶⁴. SANZ, sin embargo, reflexiona y sienta su posición al respecto: solo se tratará como un concurso ideal homogéneo a los casos en donde una única acción produce resultados lesivos a bienes jurídicos de la misma naturaleza, siempre que se traten de bienes jurídicos con distintos titulares y “suprapersonales”³⁶⁵; en el resto de casos, aplicaría la tesis de la unidad de la infracción –o del delito único-. Concluye al respecto, SANZ: “Esta solución que limita el concurso ideal homogéneo a la lesión, en unidad de acción, de bienes jurídicos suprapersonales de diferentes titulares, relegando el resto de los supuestos de unidad de acción y plural realización del mismo tipo al campo de la unidad de infracción, fue adoptada ya, con notable claridad en su argumentación, por Köhler y va adquiriendo cada vez mayor número de adeptos en la reciente literatura alemana”³⁶⁶.

Particularmente, considero que la existencia del delito ideal homogéneo cobra sentido en los delitos con bien jurídico individual en tanto existan con la acción realizada, distintos

³⁶² Vid. SANZ MORÁN, Angel José: Óp. cit.

³⁶³ El autor, que es citado por SANZ MORÁN, he escrito sobre la teoría de la equivalencia de las condiciones partiendo de su concepción naturalista. Vid. VON BURI, Maximilian: *Die Causalitat Und Ihre Strafrechtlichen Beziehungen* (1885). USA, Kessinger Publishing, 2010 (no traducido).

³⁶⁴ SANZ MORÁN, Angel José: Óp. cit. pp. 149-150

³⁶⁵ Término que el autor utiliza, al parecer, para referirse a aquello sobre los que no tiene una disposición el propio individuo que se ve afectado. O, en todo caso, bienes que tienen una valoración individual propia o en sí misma.

³⁶⁶ SANZ MORÁN, Angel José: Óp. cit. p. 151.

titulares de los mismos (el ejemplo de la bomba nos puede servir: A coloca una bomba en una casa y, como resultado, mueren los seis integrantes de la familia –B, C, D, E, F, G y H-; se trata, pues de una unidad de acción o de hecho que produce un resultado de lesionar varias veces – con esa sola acción- el bien jurídico vida –varias veces, porque se trataría del bien jurídico vida de B, además, de C, y así sucesivamente-. En el resto de casos, por ejemplo, de delitos con bien jurídico supraindividual o colectivo, habrá que tomar en cuenta algunos criterios: diferenciar claramente los supuestos de delito permanente y delito continuado –cuya naturaleza exige la presencia de ciertos elementos que los caracterizan-, considerar la diferencia entre el sujeto pasivo o titular del bien jurídico afectado y la víctima del delito. Lo último tiene relación con la posición sentada en el presente trabajo respecto de la protección autónoma de los bienes jurídicos de naturaleza colectiva y/o individual. Dos ejemplos en estos casos pueden ser los siguientes: por un lado, el caso de los delitos cuyo bien jurídico es la protección del medio ambiente; y, por otro, los delitos contra la administración pública. En el primero, mientras que puede existir una afectación a las condiciones mínimas de seguridad del bien jurídico medio ambiente, no necesariamente ello implica que se haya efectivizado la lesión de un bien jurídico individual –tal como la salud o la vida-; por tanto, si con una sola acción lesiono el bien jurídico colectivo y a su vez un bien jurídico individual –por ejemplo, la salud o la vida de una o más personas-, no nos encontraremos ante una sola acción que lesionó las mismas infracciones sino que, en realidad y teóricamente –pues las disposiciones de nuestro Código Penal lo ha sistematizado de determinado modo- serían dos bienes jurídicos distintos (el medio ambiente y el bien jurídico individual concreto). En el caso peruano, por disposición del legislador, la lesión a la vida o la salud producto del daño al medio ambiente tipificado en el artículo 304° C.P. está sancionada como una agravante³⁶⁷, lo que no impide concluir la existencia de bienes jurídicos de distinta naturaleza afectadas con una sola acción (la de dañar el medio ambiente)³⁶⁸ y, por lo tanto, la negación de la existencia de un caso de concurso ideal.

Por su parte, de una posición diferente sería JESCHECK:

El concurso ideal homogéneo no sólo es imposible entre delitos contra bienes jurídicos altamente personales (por ej., integridad física, vida, libertad y honor) o bienes jurídicos del Estado o de la colectividad (por ej., administración de justicia o seguridad del tráfico jurídico), sino también en delitos contra los *derechos patrimoniales*. Como estos derechos patrimoniales ‘corresponden’ a personas individuales, el derecho al respeto del bien jurídico protegido en el precepto penal resulta vulnerado varias veces cuando el hecho daña a varias víctimas³⁶⁹

³⁶⁷ Ello, probablemente sea la expresión de una posición personalista respecto de los bienes jurídicos de naturaleza colectiva –esto es, aquellos bienes jurídicos que solo encuentran justificación en cuanto a su protección en la medida en que pongan en peligro o lesionen un bien jurídico individual. En otras palabras, como se comentó *in supra*, aquella posición que niega la protección autónoma y por sí misma del bien jurídico colectivo bajo el argumento de su difícil concretización y de su naturaleza abstracta.

³⁶⁸ En el ejemplo propuesto, estaríamos en un supuesto, desde la teoría del concurso aparente, de la aplicación del principio de especialidad.

³⁶⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich: Óp. cit. pp. 1013 y 1014.

En el segundo ejemplo propuesto, es decir, en los casos en donde la afectación está referida a los delitos contra la Administración Pública –de naturaleza supraindividual, como he afirmado en capítulo correspondiente-, lo primero sería recordar que el bien jurídico genérico “correcto funcionamiento de la administración pública”, no dice aún nada sobre lo concretamente afectado por la acción. Los bienes jurídicos específicos en este caso –a pesar de “conducirnos” a uno más genérico y común a todos ellos-, son distintos entre sí. En otros términos: existe una esfera concreta y específica de la Administración Pública que protegen. Por ello, si con una sola acción vulnero dos esferas distintas del bien jurídico genérico “correcto funcionamiento de la administración pública”, se podría presentar un caso de concurso ideal heterogéneo y no homogéneo.

No obstante los comentarios realizados, más allá de la terminología propuesta por la doctrina penal (homogéneo/heterogéneo), lo importante es tener en claro cuándo estamos en un caso de unidad de acción y cuándo en un caso de pluralidad de acción, cuándo nos encontramos ante un supuesto de delito permanente y cuándo en un caso de delito continuado. Nuestra legislación, por ejemplo -como veremos más adelante-, no ha establecido expresa diferencia entre las clases de concurso ideal –ni, por lo tanto, un trato diferente al respecto, en cuanto a las consecuencias respecto de la sanción penal-.

Entonces, ante la concurrencia de normas aplicables respecto del mismo hecho, se deberán aplicar todas las normas correspondientes; aunque, claro está, las consecuencias de la concurrencia de normas –que tipifican los respectivos delitos-, extenderán sus efectos respecto a la pena que se imponga³⁷⁰. MIR PUIG, comentando el artículo pertinente del Código Penal español, agrega: “Según esto, el art. 77° CP sólo alcanzaría, en su primer inciso, a los casos en que un solo comportamiento puede vulnerar *idealmente* (¡concurso ideal!) varios bienes jurídicos sin que para ello deba producir otros tantos resultados materiales”³⁷¹.

A continuación, algunas referencias generales sobre la aplicación del concurso ideal en nuestra legislación.

4.1.1. Concurso ideal en la legislación peruana. Breve referencia a su determinación legal

El artículo 48° del Código Penal regula el denominado concurso ideal en los siguientes términos: “Cuando varias disposiciones sean aplicables a un mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder treinta y cinco años”. La norma citada se refiere al “mismo hecho”, lo que desde la terminología comentada previamente se denomina “unidad de hecho” –o “unidad de acción”-; por otro lado, cuando se refiere a “varias disposiciones”, el artículo en

³⁷⁰ A consideración de PEÑA CABRERA FREYRE, ello sería así debido a que “(...) el autor mediante un solo proceder criminal produce una mayor antijuridicidad material, que se concretiza en una afectación múltiple en cuanto a titulares de bienes jurídicos se refiere. Hay un solo hecho y varios delitos”. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: “Derecho Penal. Parte General. Teoría del Delitos y de la Pena y sus Consecuencias Jurídicas”. Lima, Editorial Rodhas, p. 635.

³⁷¹ MIR PUIG, Santiago: Óp. cit. p. 657.

mención no hace referencia específica a si éstas necesariamente deben ser de diferente naturaleza (concurso ideal heterogéneo) o de la misma naturaleza (concurso ideal homogéneo). No considero que sea necesario, si tomamos en cuenta las consideraciones previamente anotadas, realizar mayores comentarios al respecto. Ambos supuestos estarían contemplados en el precepto correspondiente.

4.2. Concurso real de delitos

En este caso, existe una pluralidad de acciones que configuran varios delitos (pluralidad delictiva). Cada una de estas *acciones* -o, para ser más exactos, unidades de acción- configura un delito. La diferencia entre el concurso ideal y el real no se encuentra en la cantidad de bienes jurídicos afectados –en ambos, se configura una pluralidad de delitos cometidos-, sino en la acción que produce el efecto lesivo; mientras que en el primer caso será una sola acción, en el segundo caso serán una pluralidad de acciones. Según PEÑA CABRERA, en el caso del concurso real, las repercusiones serán no sólo a nivel punitivo sino también a nivel procesal³⁷². El autor apunta ciertos requisitos para establecer la existencia de un concurso real: pluralidad de acciones, conexidad subjetiva (mismo autor) y pluralidad de delitos (enjuiciables en un solo proceso penal). Haciendo mención al aspecto procesal se pronuncia también JESCHECK: “La contrapartida del concurso ideal es el concurso real. Concorre cuando el autor ha cometido **varios hechos punibles independientes** que son **enjuiciados en el mismo proceso penal**. El primer presupuesto del concurso real es, pues, la concurrencia de una pluralidad de acciones, y en el segundo la posibilidad de su enjuiciamiento conjunto”³⁷³. En suma, en el caso del concurso real, a diferencia del concurso ideal, es indiferencia si existe similitud entre los tipos penales vulnerados, lo relevante es que existe una pluralidad de acciones –o de hechos-. SANZ lo manifiesta en los siguientes términos: “Delimitado el campo de la unidad de acción en el sentido del concurso ideal, queda trazado también, de forma negativa, el de pluralidad de acción. Si a esta pluralidad de acciones corresponde una pluralidad de delitos, nos encontramos ante un concurso real o material de los mismos, siendo a tal fin indiferente la conexión existente entre las infracciones concurrentes”³⁷⁴. Sin embargo, según JESCHECK: “Puede suceder que la pluralidad de acciones deba considerarse como un caso de unidad de ley (consunción) (...), pero también cabe que falte la posibilidad de un enjuiciamiento conjunto en un mismo proceso penal”³⁷⁵. Sobre lo primero sostenido por dicho autor, podemos criticar la confusión que podría presentarse con el concurso aparente en vista que éste –como veremos más adelante-, al igual que el concurso ideal, se caracteriza por presentar un caso de unidad de acción; siendo así, no podemos decir que un caso de “pluralidad de acciones” debe considerarse como el de una unidad de acción –el autor lo denomina “unidad de ley”-, pues, o es un supuesto o es el otro –salvo que el autor se refiera a una pluralidad de acciones en un sentido naturalista o fenomenológico (postura que, como he comentado, no asume)-. Al margen de lo dicho, es cierto que no es un criterio para la determinación de la existencia de un concurso real, el

³⁷² PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: Óp. cit. p. 637.

³⁷³ JESCHECK, Hans-Heinrich: Óp. cit. p. 1024.

³⁷⁴ SANZ MORÁN, Angel José: Óp. cit. p. 159.

³⁷⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich: Loc. cit.

enjuiciamiento conjunto de las infracciones penales cometidas –justamente en base a esta consideración existe el supuesto del concurso real retrospectivo-.

4.2.1. Concurso real en la legislación peruana. Breve referencia a su determinación legal.

Por su parte, el artículo 50° del C.P. regula el concurso real de delitos así como sigue: “Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, e sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente ésta”³⁷⁶.

Además, se ha previsto el denominado concurso real retrospectivo en el artículo 51 C.P.: “Si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente ésta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil del nuevo delito”.

4.3. Breves consideraciones finales.

Luego de recordar en qué consisten cada uno de los tipos de concurso, y de lo sostenido en apartados precedentes, no encuentro ningún problema en cuanto a la posibilidad de aplicar el enriquecimiento ilícito en concurso real con otros delitos. Ello será así cuando, por citar un ejemplo, el imputado sea procesado por el delito de abuso de autoridad y por enriquecimiento ilícito al tener en su haber un incremento patrimonial que no se condice con los que le corresponde percibir. No existe coincidencia entre la acción tipificada con el delito abuso de autoridad (376° C.P.) y el delito de enriquecimiento ilícito y, si bien no es materia del presente trabajo, tampoco entre los principios específicamente protegidos por ambas normas. Si se prueba la comisión del delito de abuso de autoridad no quiere decir que se descarta la aplicación del enriquecimiento ilícito –por cierto, para el caso del abuso de autoridad, no se requiere un beneficio patrimonial para el funcionario que lo comete-. El enriquecimiento ilícito se aplicará en la medida en que exista un incremento patrimonial ilícito -y que a lo largo del proceso penal no ha podido ser acreditado respecto de su origen lícito- que vulnera el principio de transparencia al que está ligada la actividad del funcionario público.

Un ejemplo en el caso del concurso ideal, resulta, ciertamente un poco más dificultoso; sin embargo, ello es posible –aunque de escasa aplicación práctica, debo admitir-. Así, el

³⁷⁶ Además, el legislador ha incluido el caso del concurso real de faltas en el artículo 50-A C.P.: “Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deba considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para éste, teniendo en cuenta el perjuicio total causado”

ejemplo previamente citado del cohecho puede servirnos: como se comentó, el cohecho pasivo protege en concreto y preponderantemente el principio de imparcialidad y puede ser cometido bajo cuatro modalidades: solicitar, condicionar, aceptar y recibir. En el caso de la modalidad de solicitar y condicionar, algunas consideraciones que a continuación expongo:

Si con dichas conductas –que no requieren la obtención beneficio – ya es suficiente para consumir el delito y lesionar el bien jurídico protegido –más allá de las dificultades probatorias que ello pueda implicar-, un posterior pago por el “favor” realizado por el funcionario público correspondería a la fase de agotamiento del delito de cohecho pasivo. En ese escenario, en el marco de un proceso penal, si bien con el pago podría generarse el incremento patrimonial del funcionario, no necesariamente se podría aplicar el enriquecimiento ilícito bajo las mismas consideraciones sostenidas en líneas previas. El principio de transparencia sería de alguna manera desplazado en virtud del principio de no autoincriminación –que cubre al funcionario de la posibilidad de que, con su “actuar transparente”, se auto inculpe de un delito –pues tendría que explicar que el origen del incremento es producto de otro delito cometido: el cohecho pasivo en la modalidad de solicitar o condicionar.

Pero, ¿cómo se comprueba que el incremento obtenido se corresponde al beneficio solicitado en el delito de cohecho –supongamos, probado en el proceso a través de un video-?. Dejando de lado lo que pueda convenir más al acusado, ¿qué pasaría en un escenario donde el cohecho pasivo cometido por el agente, se consumó con la solicitud y nunca se otorgó un beneficio en razón de ello; e, igualmente, existe un desbalance patrimonial del funcionario? ¿Se puede alegar sin más que ese incremento se corresponde con un pago que, en los hechos nunca llegó a recibir? No necesariamente. Por ello, es factible procesar por ambos –al margen del resultado del proceso-.

Es más difícil pensar pues en un concurso ideal entre el enriquecimiento ilícito y otras figuras penales contra la administración pública. Sin embargo, no es imposible colocarse en un escenario como el descrito. No obstante dicha dificultad, es preciso recordar que, si bien no se ha tratado en este trabajo, el acto de enriquecerse ilícitamente por parte del funcionario público, podría tener como origen la comisión de un delitos contra la administración pública, un delito común en aprovechamiento del cargo, o cualquier otro ilícito. Ello, para efectos del tipo penal, no interesa probar, pues se puede sentenciar por el 401° C.P. incluso solo por permitir que su patrimonio permanezca “incrementado”, por ejemplo, gracias a una donación anónima a su cuenta bancaria. Su obligación –adhiriéndonos a la consideración de que el delito puede ser cometido en comisión por omisión- sería, en dicho escenario, notificar del incremento al que no tiene derecho de acuerdo a ley. Por lo tanto, queda abierta la posibilidad del concurso ideal entre otras figuras –delitos comunes realizados en aprovechamiento del cargo- con el delito de enriquecimiento ilícito.

CONCLUSIONES

1. La protección de los bienes jurídicos son el fin del Derecho Penal. En virtud de los principios que rigen esta área del derecho, su ámbito de protección se limita a aquellos bienes jurídicos que hacen posible el ejercicio de libertades y derechos esenciales para la vida y el libre desarrollo de los ciudadanos y de la sociedad misma.
2. Desde una perspectiva social, los bienes jurídicos son aquellos intereses esenciales que permiten el desarrollo libre de los ciudadanos como sujetos que interactúan en la sociedad bajo los postulados del Estado Constitucional y Democrático que nos rige.
3. La tutela de los bienes jurídicos supraindividuales –como es el caso de los delitos contra la Administración Pública- merecen una protección autónoma. En dicho sentido, si bien la persona es el fin supremo de la sociedad –según reza el artículo primero de la Constitución Política-, no solo ameritan tutela autónoma los bienes jurídicos individuales, sino también aquellos que tienen como fin garantizar el mantenimiento de una sociedad donde el ser humano haga efectivo el ejercicio de sus derechos. En tal sentido, y dejando de lado las tesis personalistas al respecto, los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos son presupuestos para la satisfacción de intereses de carácter individual pero su protección no está condicionada a la lesión de éstos.
4. La gran relevancia de la Administración Pública como institución, se justifica en los fines que ésta tiene destinados: la satisfacción del interés general a través de sus distintas actividades tales como las de fomento, policía y las prestacionales. En el último de los casos, se hace latente la necesidad de asegurar las condiciones mínimas para el acceso de los ciudadanos a los servicios destinados a satisfacer sus necesidades básicas y elementales. Los primeros, coadyuvan el logro del interés general de modo mediato pero, finalmente, en aras de satisfacer intereses de la ciudadanía en general. Ese es el fundamento de su existencia e institucionalidad.
5. En el marco de la protección penal de la Administración Pública, no se trata de protegerla en sí misma –como ente orgánico y jerarquizado-, sino, a partir de la consideración de la existencia de un bien jurídico genérico y diversos bienes jurídicos específicos –protegidos por los diversos tipos penales que componen el grupo- merecedores de dicha tutela. En ese escenario, el bien jurídico genérico es el correcto funcionamiento de la administración pública.
6. No es posible considerar la protección penal del correcto funcionamiento de la administración pública sin tomar como punto de partida los principios que rigen a la Administración y, por lo tanto, la actividad funcionarial. El respeto por dichos principios, por su calidad de tales, amerita una tutela especial y forman la base esencial del sistema complejo de competencias concretas que ejercen los funcionarios públicos.

7. El funcionario público es un garante del correcto funcionamiento de la Administración Pública. Ello, en virtud a su rol positivo institucionalizado. No obstante el formalismo que implica la terminología, detrás del rol -elevándose como el principal fundamento de imputación-, se encuentra el significado jurídico que implica. Esto significa que el funcionario público tiene el deber de no lesionar los intereses que le han sido confiados pero también de no permitir que terceros lo lesionen. De ese modo, el sujeto activo en el delito de enriquecimiento ilícito puede cometer el injusto ya sea por acción como en comisión por omisión.

8. El bien jurídico específico en el delito de enriquecimiento ilícito son los principios de transparencia y de probidad que rigen el ejercicio de las funciones públicas. En tal medida, en base al principio de transparencia, se ve plenamente justificada la exigencia de la obligación impuesta al funcionario de rendir cuentas al Estado respecto de su patrimonio. Lo último representa una forma de controlar la probidad con la que debe conducirse en el marco del ejercicio de su posición jurídico-institucional. Así también, en virtud del principio de transparencia, le es exigible al funcionario público mantener un status patrimonial acorde a los ingresos que de acuerdo a ley le corresponden.

9. Al proteger un bien jurídico específico, el delito de enriquecimiento ilícito cobra autonomía, pues es éste el que concretamente está destinado a sancionar conductas que vulneren de forma directa los principios de transparencia y probidad. Siendo así, y por la relevancia del bien, no se puede reducir su condición a la de un delito subsidiario o residual –si es que pudiera avalarse su aceptación en un sistema penal compuesto por tipos penales legitimados en la protección de un fin esencial-. La dificultad que pueda encerrar su aplicación o no, en un caso concreto, no es óbice para negarle su autónoma naturaleza.

10. La teoría del concurso aparente que desarrolla los principios de especialidad, consunción, subsidiaridad y alternatividad; es innecesaria y confusa –pues, además, entre los principios citados, no existen una clara delimitación en la doctrina-. A lo sumo, puede considerarse que no son sino *formas* en que los tipos penales se relacionan. La reducción de estos principios sólo al de especialidad, parece un criterio razonable; no obstante, dicho principio es importado –como los mismos textos lo evidencian- de la teoría general del derecho en cuanto a los criterios de interpretación de las normas en general. Es decir, no es propio o exclusivo del Derecho Penal.

11. La tarea de subsumir una conducta en un tipo penal –en los casos en los que una sola acción parece lesionar varios tipos penales-, debe obedecer a una tarea que tengo como línea rectora que el hecho debe encontrarse subsumido en el tipo penal que más completamente lo comprenda. Esa tarea no escapa, por cierto, otras tantas consideraciones: si existe o no realmente una unidad de acción, cuál es el bien jurídico concreto protegido por los diversos tipos penales, entre otros.

12. Es posible pensar, aunque no sea de común aplicación, del delito de enriquecimiento ilícito en concurso ideal y/o real con otros tipos penales contra la administración pública –u otros

comunes que hayan sido realizados en aprovechamiento del cargo-. Negar tajantemente ello, sería negar el bien jurídico específicamente protegido por aquél.



BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: *“Acerca de la teoría de los bienes jurídicos”*/ En: *“Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal”*. Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez/ Lima, IDEMSA, 2007.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: *“Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano”*. Lima, Palestra, 2003.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *“¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito”*. Lima, Grijley, 2004.
- ANTOLISEI, F.: *“Manual de Derecho Penal. Parte General”*. Bogotá, Temis, 1988
- ASUA BARRATITA, Adela: *“Delitos contra la Administración Pública”*. Bilbao, Instituto Vasco de la Administración Pública, 1997
- BACIGALUPO, Enrique: *“Derecho Penal. Parte general”*. Lima, ARA Editores, 2004.
- BECCARIA, Cesare: *“De los delitos y las penas”*. Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *“Lecciones de Derecho Penal: parte general”*. Barcelona, Praxis, 1999.
- BERMEJO VERA, José: *“Derecho Administrativo básico. Parte General”*. Navarra, Civitas, 2013
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel: *“Manual de Derecho Penal: parte general”*. Lima, EDDILI, 2008.
- BREGAGLIO LAZARTE, Renata: *“La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el derecho penal”*. / En: *“Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú”*/ Lima, IDEHPUCP, 2012.
- BINDER, Alberto M.: *“Política Criminal de la formulación a la praxis”*. Buenos Aires, AD-HOC, 1997.
- BLANCO LOZANO, Carlos: *“Tratado de Política Criminal”*. Barcelona, BOCH, 2007. Tomo II.
- BRUZZONE, Gustavo A. y GULLCO, Hernán: *“Acerca de la controvertida adecuación constitucional del tipo penal del enriquecimiento ilícito de funcionario público”*./ En: *“Teoría y práctica del Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público”* – Coord. Gustavo Bruzzone y Hernán Gullco/ Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *“Obras completas: Derecho Penal / Parte general”*. Lima, ARA Editores, 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *“Nuevo Sistema de Derecho Penal”*. Madrid, Trotta, 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.: *“Los bienes jurídicos colectivos”*. Barcelona, PPU, 1987.
- CAPARRÓS, Fabián: *“La corrupción: aspectos jurídicos y económicos”*, Salamanca, Ratio Legis, 2000.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi: *“Los delitos de funcionarios y la política criminal de la ‘sociedad de riesgo’”*. Barcelona, RCSP 13/2013 /Link en web: www.raco.cat/index.php/RCSP/article/download/133122/183101
- CARO CORIA, Carlos: *“El delito de enriquecimiento ilícito”* / En: SAN MARTÍN CASTRO, César; CARO CORIA, Carlos; REAÑO PESCHIERA, José: *“Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales”*/ Lima, Jurista Editores, 2002.
- CARO JOHN, José Antonio: *“Identidad de imputación a la acción y omisión”* / En: *“Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho Penal Funcionalista”* / Lima, ARA, 2010.
- CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo: *“Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Especial referencia a los delitos cometidos en la contratación pública”*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008.
- CEREZO MIR, José: *“Obras completas”*. Lima, ARA, 2006.
- COLOMBO, Marcelo y IPOHORSKI, José: *“Evolución legislativa reciente y análisis de la figura penal en el derecho comparado”*/ En: *“Teoría y práctica del Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público”* – Coord. Gustavo Bruzzone y Hernán Gullco/ Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- CREUS, Carlos: *“Derecho penal: parte especial”*. Buenos Aires, Astrea, 1997.
- CREUS, Carlos: *“Derecho Penal: parte general”*. Buenos Aires, Astrea, 1990.
- CREUS, Carlos: *“Delitos contra la Administración Pública. Comentario de los artículos 237 a 281 del Código Penal”*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981.

- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: *“Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública”*/ En: *Delitos contra la Administración Pública*. Dir. Luis Reyna Alfaro / Lima, Jurista Editores, 2009.
- DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis: *“Estudios penales y de Política Criminal”*. Lima, IDEMSA, 2007.
- ESTEVE PARDO, José: *“Lecciones de Derecho Administrativo”*. Madrid, Marcial Pons, 2012
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *“La normativización del Derecho Penal. ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?”*. Lima, ARA, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi: *“Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”*. Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo: *“Diritto penale. Parte generale”*. Bologna, Zanichelli Editore, 2001
- FRISANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA CABRERA, A. Raúl: *“Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública”*. Lima, Editora FECAT, 1999.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás: *“El delito de Enriquecimiento Ilícito”*, Lima, IDEMSA, 2001.
- GARCÍA CAVERO, Percy: *“Derecho Penal. Parte General”*. Lima, Jurista Editores, 2012.
- GARCÍA CAVERO, Percy: *“Lecciones de derecho penal: parte general”*. Lima, Grijley, 2008.
- GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José: *“El delito de colusión”*. Lima, Grijley, 2008.
- GARCÍA CAVERO, Percy: *“Derecho Penal Económico. Parte General”*. Lima, Grijley, 2007.
- GARCÍA CAVERO, Percy: *“La comisión por omisión en el Código Penal peruano”* / En: *“Modernas tendencias de dogmática penal y Política Criminal”*. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez/ Lima, IDEMSA, 2007.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *“Criminología: Fundamentos y principios para el estudio científico del delito, la prevención de la criminalidad y el tratamiento del delincuente”*. Lima, INPECCP Fondo Editorial, 2008.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *“Introducción a la parte general del derecho penal español”*. Madrid, Edersa, 1982.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: *“Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria”*. / En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada, 2012, N° 14-01

- HASSEMER, Winfried: “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico?”. p. 104/ En: “La teoría del bien jurídico”. Ed: HEFENDEHL, Ronald. Ed. Española: ALCÁCER, Rafael. MARTÍN, María. ORTIZ DE URBINA, Íñigo/ Madrid, Marcial Pons, 2007.
- HEFENDEHL, Roland: “El bien jurídico como eje material de la norma penal”. / “La teoría del bien jurídico”. Ed: HEFENDEHL, Ronald. Ed. Española: ALCÁCER, Rafael. MARTÍN, María. ORTIZ DE URBINA, Íñigo/ Madrid, Marcial Pons, 2007.
- HUGO ÁLVAREZ, Jorge B.: “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos”. Lima, Gaceta Jurídica, 2007.
- HUGO ÁLVAREZ, Jorge: “Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública: análisis sistemático de los tipos delictivos”. Lima, Gaceta Jurídica, 2000.
- HURTADO POZO, José: “Manual de Derecho Penal: parte general I”. Lima, Grijley, 2005.
- JAKOBS, Günther: “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”/ En: “Derecho Penal del enemigo”. JAKOBS, Günther y MELIÁ, Cancio / Madrid, Civitas, 2003.
- JAKOBS, Günther: “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”. Civitas Ediciones, 2003. Traducción: CANCIO MELIÁ / FEIJÓO SÁNCHEZ.
- JAKOBS, Günther: “¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho Penal” /En: “Legitimación del derecho penal”/ Lima, ARA Editores, 2002.
- JAKOBS, Günther: “¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma”. | Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.
- JAKOBS, Gunther: “Sobre la génesis de la obligación jurídica; Teoría y praxis de la injerencia; El ocaso de dominio del hecho”. Buenos Aires, Rubinzal-Culzonim, 2000.
- JAKOBS, Günther: “La imputación penal de la acción y de la omisión”. Traducción: Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- JAKOBS, Günther: “Derecho Penal: Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación”. Madrid, Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, Günther: “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”. Madrid, Civitas, 1996.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”. Granada, COMARES, 2002

JESCHECK, Hans-Heinrich: *"Tratado de Derecho Penal. Parte General"*. Barcelona, BOSCH, 1978.

KAHLO, Michael: *"Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal"*./ En: *"La teoría del bien jurídico"*. Ed. HEFENDEHL, Ronald. Ed. Española: ALCÁCER, Rafael. MARTÍN, María. ORTIZ DE URBINA, Íñigo/ Madrid, Marcial Pons, 2007.

KINDHÄUSER, Urs: *"Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad"*/ En: *Delitos contra la Administración Pública*. Dir. Luis Reyna Alfaro / Lima, Jurista Editores, 2009.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *"Bien jurídico y objeto protegible"*. /En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, Ed. Ministerio de Justicia, 2008. Tomo LX. Año MMVII.

LOPERA MESA, Gloria. *"El principio de proporcionalidad en derecho penal"*. En: *Jueces para la democracia*. Nro. 53, 2005.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *"Curso de Derecho Penal. Parte General I"*. Madrid, Editorial Universitas, 2004.

MARTÍN REBOLLO, Luis: *"Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras"*. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/17.pdf>

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *"Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general"*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

MAURACH, Reinhart; HEINZ GÖSSEL, Karl; HEINZ ZIPF: *"Derecho Penal. Parte General. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho"*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995

MEINI MÉNDEZ, Iván: *"Comisión por omisión"*/ En: *"Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho Penal"*/ Lima, ARA Editores, 2009.

MEZGER, Edmund: *"Derecho penal. Libro de estudio / Parte general"*. Buenos Aires, DIN, 1955.

MIR PUIG, Santiago: *"Derecho Penal. Parte General"*. Barcelona, Editorial Reppertor, 2011

MIR PUIG, Santiago: *"Derecho penal. Parte general"*. Barcelona, Editorial Reperttor, 2005

MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal: Parte general (Fundamentos y Teoría del delito)*. PPU Barcelona, 1990.

- MONTOYA VIVANCO, Yván (y otros): *“Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública”*. Lima, IDEHPUCP, 2013
- MONTOYA VIVANCO, Yván: *“El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión”*. /En: *“Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú”*/ Lima, IDEHPUCP, 2012.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *“Derecho Penal. Parte General”*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007
- NOVOA MONREAL, Eduardo: *“Curso de Derecho Penal Chileno”*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1966
- PABÓN PARRA, P.: *“Manual de derecho penal”*. Bogotá, Doctrina y Ley, 2005.
- PARIONA ARANA, Raúl: *“La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios. ¿Medida necesaria para evitar impunidad? / En: Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú.”* Lima, IDEHPUCP, 2012.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *“Derecho Penal. Parte General. Teoría del Delitos y de la Pena y sus Consecuencias Jurídicas”*. Lima, Editorial Rodhas, 2007
- PEÑA CABRERA, Raúl y FRANCIA ARIAS, Luis: *“Delito de Enriquecimiento Ilícito”*. Lima, Ediciones Jurídicas, 1993.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel: *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*. Lima, Grijley, 2004.
- POLAINO-ORTS, Miguel: *“Imputación objetiva: esencia y significado” / En: “Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho Penal”*. Coord.: Miguel Polaino Navarrete / Lima, Grijley, 2009.
- PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: *“Delitos contra la Administración Pública”*. Lima, Editorial Jurídica Portocarrero, 1996.
- POVEDA PERDOMO, Alberto: *“La corrupción y el régimen”*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *“Todo sobre el Código Penal”*. Lima, IDEMSA, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *“Parte general del Derecho Penal”*. Navarra, Aranzadi, 2010.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel: *“Delitos contra la Administración Pública”*. Lima, Jurista, 2009.

- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis: *"Delimitación del concepto penal de corrupción"* / En: *Delitos contra la Administración Pública*. Dir. Luis Reyna Alfaro / Lima, Jurista Editores, 2009.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y CAPARRÓS, Fabián: *"La corrupción en un mundo globalizado. Análisis interdisciplinar"*, Salamanca, Ratio Legis, 2004.
- ROJAS VARGAS, Fidel: *"Delitos contra la Administración Pública"*. Lima, Grijley, 2007.
- ROXIN, Claus: *"Ingerencia e imputación objetiva"*. Lima, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales (RPDJP), 2006.
- ROXIN, Claus: *"Autoría y dominio del hecho en derecho penal"*, Madrid, Marcial Pons, 2000
- ROXIN, Claus: *"Derecho penal: parte general"*. Madrid, Civitas, 1997.
- SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *"Delitos contra la Administración de justicia"*. Lima, IDEMSA, 2010.
- SALINAS SICCHA, Ramiro: *"Delitos contra la Administración Pública"*. Lima, Grijley, 2011
- SALINAS SICCHA, Ramiro: *"Delitos contra la Administración Pública"*. Lima, Grijley, 2009
- SAN MARTÍN CASTRO, César: *"Derecho Procesal Penal"*. Lima, Grijley, 2006.
- SÁNCHEZ-VERA Gómez-Trelles, Javier: *"Atribuciones normativistas en derecho penal: comentarios de sentencias del Tribunal Supremo Español en casos de omisión, dolo, error de prohibición y delito de infracción de deber"*. Lima, Grijley, 2004.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: *Delito de infracción de deber.* / En: *"El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Gunther Jakobs"*. Coord.: Eduardo Montealegre Lynett / Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- SANCINETTI, Marcelo A.: *"El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público –art. 268 (2), C.P.-. Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho"*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.
- SANZ MORÁN, Angel José: *"El concurso de delitos. Aspectos de Política Legislativa"*. Valladolid, Universidad de Valladolid, 1986
- SEHER, Gerhard: *"La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico"*. / En: *"La teoría del bien jurídico"*. Ed: HEFENDEHL, Ronald. Ed. Española: ALCÁCER, Rafael. MARTÍN, María. ORTIZ DE URBINA, Íñigo/ Madrid, Marcial Pons, 2007.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *“La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*. Madrid, EDISOFER, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *“El Delito de omisión. Concepto y Sistema”*. Buenos Aires, Editorial Montevideo, 2003.
- SOSA, Omar y PORTOCARRERO, Elpidio: *“El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (art. 268 [2], C.P.), en la jurisprudencia”*. /En: *“Teoría y práctica del Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público”* – Coord. Gustavo Bruzzone y Hernán Gullco/ Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- SOTO NAVARRO, Susana: *“La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna”*. Granada, Editorial Comares, 2003.
- STRATENWERTH, Gunther: *“Derecho Penal: parte general I – El hecho punible”*. Madrid, Edersa, 1982.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Sistema penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derecho penal*. Lima, ARA, 2010.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María: *“Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico y la Empresa”*. Lima, ARA Editores, 2010.
- TIEDEMANN, K.: *“Poder económico y delito. Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa”*. Barcelona, Ariel, 1985.
- URQUIZO OLAECHEA, José: *“Principio de Proporcionalidad Penal”*. / En: *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*/ Madrid, Editorial Tecnos, 2002.
- URQUIZO OLAECHEA, José: *“Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la administración pública”*. Lima, Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 11 y 12, 2002.
- VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando: *“Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general”*. Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2003.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *“Derecho Penal: parte general”*. Lima, Grijley, 2006.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A.: *“Concurso de Delitos y Concurso Aparente de Leyes”* / Estudios Penales: Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont-Arias / Lima, San Marcos, 2003

VON HIRSCH, Andrew: *“El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’”*. /En: *“La teoría del bien jurídico”*. Ed: HEFENDEHL, Ronald. Ed. Española: ALCÁCER, Rafael. MARTÍN, María. ORTIZ DE URBINA, Íñigo/ Madrid, Marcial Pons, 2007.

