



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

ESCUELA DE POSGRADO

DOCTORADO EN DERECHO



TESIS

**“ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO
ILÍCITO”**

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO
DE DOCTOR EN DERECHO

Presentado por:

MGT. MIRIAN HUACAC CARRILLO

ASESOR:

DR. ALAN FELIPE SALAZAR MUJICA

CUSCO – PERÚ

2020



DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mi madre Flora Carrillo de Huacac y a mis hijas Fabiana Alelí y Briana, Nuñez Huacac porque ellas son mi fortaleza e inspiración a seguir adelante y cumplir cada uno de mis objetivos y sueños.

Asimismo, a mi padre Victor Huacac Huacac quien estuvo a mi lado brindándome su apoyo incondicional y aconsejándome para hacer de mí una mejor persona.

A mis abuelitas Teodora Puma, Juana Huacac, a mis hermanas Elizabeth, Roxana, y hermano Alberti, así como a mi esposo Juvenal por el apoyo y amor que siempre me brindaron.

Mgt. Mirian Huacac Carrillo



AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios y la Virgen por permitirme cumplir con mi objetivo de concluir de manera satisfactoria mis estudios de doctorado y brindarme mucha fortaleza.

Así mismo, a mis padres por brindarme su apoyo incondicional en todo momento, ellos fueron el principal cimiento en mi vida profesional, en ellos tengo el espejo en el cual me quiero reflejar por sus virtudes, que son dignos de admirar.

Mgt. Mirian Huacac Carrillo.



ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
ÍNDICE	iv
RESUMEN	vi
ABSTRACT.....	viii
PRESENTACIÓN.....	ix
CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN	1
1.1. Planteamiento del Problema.....	1
1.2. Formulación del Problema	2
1.2.1. Problema general.	2
1.2.2. Problemas secundarios.....	2
1.3. Objetivos de la Investigación	3
1.3.1. Objetivo general.....	3
1.3.2. Objetivos específicos.	3
1.4. Justificación del Estudio.....	4
1.4.1. Valor teórico.	4
1.5. Metodología	4
1.5.1. Alcance del estudio.	4
1.5.2. Escenario.....	5
1.5.3. Tipo y nivel de investigación.....	5
1.5.4. Unidad de Estudio.....	5
1.5.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.	5
1.6. Hipótesis.....	5
1.6.1. Hipótesis general.....	5
1.6.2. Hipótesis Específicos.....	5
CAPÍTULO 2: DESARROLLO TEMATICO.....	7
2.1. Antecedentes de estudios	7
2.1.1. Teoría del delito.	7
2.1.2. Teorías de la Pena.	11
2.1.3. Teorías de la prevención especial.	12
2.1.4. Teorías de la prevención general.	15



2.1.5.	Teoría de la prevención general positiva.	16
2.1.6.	Las teorías relativas de la pena.	18
2.1.7.	Teoría de la unión	18
2.1.8.	El bien jurídico en el derecho penal.....	20
2.1.9.	Bien jurídico y objeto de acción.	21
2.1.10.	Los bienes jurídicos como criterio para la exposición de los delitos en la parte especial del código penal.....	25
2.1.11.	Administración pública.....	36
2.1.12.	La administración pública como bien jurídico genérico.....	39
2.1.13.	El delito de enriquecimiento ilícito.....	40
2.1.14.	El enriquecimiento ilícito como delito penal en el mundo.	42
2.1.14.1.	Argentina.	42
2.1.14.2.	Colombia.	43
2.1.14.3.	Ecuador.....	44
2.1.15.	El delito de enriquecimiento ilícito y su tratamiento en la doctrina y norma sustantiva la subsidiaridad del delito de enriquecimiento ilícito.	44
2.1.15.1.	Bien jurídico protegido del delito de enriquecimiento ilícito.....	48
2.1.15.2.	Tipo objetivo.....	48
2.1.15.3.	Conducta típica.	55
2.1.16.	Delitos contra la administración pública.....	60
2.1.17.	Delitos contra la administración pública prevista en el código penal peruano.....	61
2.1.17.1.	Enriquecimiento ilícito.	65
2.1.18.	Tipo penal del delito de enriquecimiento ilícito.	67
2.1.19.	Elementos configurativos del delito de enriquecimiento ilícito:	69
2.1.20.	Naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito	69
III.	RESULTADOS Y ANALISIS DE LOS HALLAZGOS.....	77
3.1.	Resultado del estudio	77
3.2.	Prueba de hipótesis:.....	82
3.2.1.	Hipótesis específicos.....	82
CONCLUSIONES	84
RECOMENDACIONES	86
BIBLIOGRAFÍA	87
ANEXOS	92



RESUMEN

La presente investigación titulada “ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO”. Por cuanto en la actualidad la conducta ilícita desarrollada por los servidores públicos en razón a su patrimonio se halla impune, pues existen criterios contradictorios y diversos sobre el bien jurídico del delito de Enriquecimiento Ilícito en razón a que no se establece en forma real cual es el bien jurídico protegido de dicho tipo penal por lo que la presente investigación se basara en analizar y clarificar cual es en realidad el bien jurídico protegido el delito de Enriquecimiento Ilícito para fines de sancionar su afectación, asimismo se tiene como objetivo principal del presente estudio analizar el bien jurídico en el delito de enriquecimiento ilícito, puesto que se advirtió un vacío normativo e inaplicabilidad de dicho tipo penal en diversas conductas delictivas, ya que no se precisa con claridad cuál es la conducta reprimible que afecte al bien jurídico protegido por dicho tipo penal, pues la norma sustantiva detalla diversas conductas punibles que afectan el patrimonio de la Administración Pública y el incremento del patrimonio en forma ilícita del Funcionario Público, sancionándose mediante los delitos de peculado, cohecho entre otros, sin embargo se observa escasa o casi nada sanción punible mediante sentencias condenatorias respecto al delito de Enriquecimiento Ilícito pese a que se advierten en muchos casos el incremento del patrimonio en forma ilícita del Funcionario Público, sin embargo dichas conductas han sido sancionadas por otros tipos penales más no por el delito de Enriquecimiento Ilícito, conforme el análisis realizado en las sentencias emitidas por el órgano jurisdiccional especializado en materia penal y que tramita procesos sobre delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia del Cusco en el año 2018 y la entrevista a jurisconsultos en materia penal.



El presente trabajo de investigación es de tipo dogmático y jurídico, el enfoque es cualitativo- documental.

Palabras claves: Delito de enriquecimiento ilícito, Bien Jurídico Protegido, autónomo, administración pública,



ABSTRACT

This research entitled "ANALYSIS OF LEGAL PROPERTY IN THE CRIME OF ILLICIT ENRICHMENT." As currently the illegal conduct developed by public servants because of their heritage is unpunished, because there are conflicting and diverse criteria on the legal good of the crime of Illicit Enrichment because it is not established in real form what is the legal good protected from said criminal type so that the present investigation will be based on analyzing and clarifying which is actually the legal good protected the crime of Illicit Enrichment for the purpose of sanctioning its affectation, also it has as main objective of the present study to analyze the legal good in the crime of illicit enrichment, since there was a regulatory vacuum and inapplicability of said criminal type in various criminal behaviors, since it is not clearly stated what is the repressible conduct that affects the legal good protected by said criminal type, as the substantive rule details various punishable behaviors that affect and I Public Administration assets and the increase in the unlawful assets of the Public Official, being sanctioned through crimes of peculation, bribery, among others, however little or almost nothing is punishable by convictions regarding the crime of Illicit Enrichment despite that in many cases the increase of the unlawful patrimony of the Public Official is noticed, however, such behaviors have been sanctioned by other criminal types but not for the crime of Illicit Enrichment, according to the analysis performed in the sentences issued by the specialized court in criminal matters and that processes proceedings on crimes of Corruption of Officials of the Superior Court of Justice of Cusco in 2018 and the interview with jurists in criminal matters.

The present research work is dogmatic and legal, the approach is qualitative-documentary.



PRESENTACIÓN

Se pone a consideración la tesis titulada “ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO”; que consiste en analizar e interpretar el bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito, establecer en forma clara en la norma penal sustantiva cual es el bien jurídico protegido del delito de Enriquecimiento Ilícito, y si dicho delito se halle debidamente interpretado por el Juez Sentenciador al momento de resolver controversias en contra de la Administración Pública, ya que en la actualidad se observa muchas conductas impunes en razón al vacío normativo y diversas interpretaciones otorgadas por el órgano jurisdiccional respecto al bien jurídico delito de Enriquecimiento Ilícito lo cual provoca impunidad. Esta tesis demostrara con técnicas y recolección de datos el vacío normativo en el Código Penal así como la inadecuada tipificación del delito, que conlleva a la impunidad en la conducta desplegada por el servidor público.

Asimismo debo señalar que el delito de Enriquecimiento Ilícito conforme la investigación realizada, los alcances doctrinarios y antecedentes legislativos es autónomo puesto que no depende de ningún delito conexo, y el principal argumento está vinculado con la determinación del bien jurídico protegido; por otro lado se advierte que es un delito inactivo en la actualidad puesto que conforme la investigación realizada y la revisión de expedientes tramitados ante la Corte Superior de Justicia del Cusco no se tiene proceso alguno sentenciado por el delito materia de la investigación y si bien se ha realizado investigaciones preliminares hasta acusación fiscal sin embargo no existe sentencias condenatorias pese a observarse incluso en diversos procesos la acreditación del incremento patrimonial del funcionario público.



CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN

1.1. Planteamiento del Problema

El año 1991, fecha en la que se publicó el actual código penal peruano, el país vivía una situación política, marcada por conflictos sociales originadas por conductas inadecuadas por parte de los representantes del Estado, saliendo a la luz actos ilícitos de corrupción y de infracción de deber que conllevaron a incrementos desmesurados del patrimonio que ostentaban los funcionarios públicos.; se veía en noticieros y en diversos medios de comunicación el Incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, generado por actos no permitidos por las leyes, y que, en consecuencia, no sea el resultado de ingresos legalmente percibidos

En ese contexto se redactó el actual código penal, en cuyo conglomerado normativo sanciona las conductas dolosas cometidas por funcionarios públicos respecto al patrimonio del Estado, y el incremento de sus bienes patrimoniales ya sean físicos o dinerarios en razón a los cargos que ostentaban y que no se justificaban dichos incrementos con la remuneración que percibían, por lo que dicho incremento patrimonial en forma ilícita se calificó como delito de enriquecimiento ilícito, este tipo penal está muy cuestionado a nivel internacional y nacional ya que se observa vacíos de punibilidad pues no se tiene claridad en la protección del bien jurídico de dicho delito pues diversas conductas delictivas en contra de la administración pública cuyo fin es enriquecerse ilícitamente son sancionadas por otros delitos previstos en el libro segundo, título XVIII del código penal y no por el delito de enriquecimiento ilícito que se encuentra tipificado en nuestra legislación y desde su tipificación, poco sea analizado en doctrina sobre su naturaleza y sobre el bien jurídico. Si bien un sector importante de la doctrina nacional sobre el tema ha considerado que el citado delito en cuestión es 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 PRECISION Y CLARIDAD ya que este defecto coadyuva a la interpretación errónea del tipo y se advierte desinterés en desarrollar más profundamente el tema en la posición del delito como subsidiario, posición que no me parece acertada, solo pocos autores han argumentado seriamente dicha posición, mientras que la gran mayoría de ellos se han remitido a doctrinas extranjeras sobre todo a la Europea. Si bien este delito ha originado algunas problemáticas en el marco de su aplicación a un caso concreto, considero preciso e ineludible, a una correcta interpretación y posterior análisis de los problemas derivados de su aplicación, y determinación del bien jurídico.

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.

1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Problema general.

¿Cómo la falta de claridad del bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito, provoca impunidad y deficiente interpretación del juzgador al emitir resoluciones judiciales?

1.2.2. Problemas secundarios.

- ¿Qué razones evidencian la falta de claridad en el bien jurídico protegido del delito de Enriquecimiento Ilícito?



- ¿Qué evidencias jurisprudenciales muestran la omisión en la tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito?
- ¿De qué manera debería normativizarse el delito de enriquecimiento ilícito en el código penal para evitar la impunidad?
- ¿Cuál es la opinión de expertos con relación a la falta de claridad del bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito?

1.3. Objetivos de la Investigación

1.3.1. Objetivo general.

- Determinar la falta de claridad del bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito, que provoca la impunidad y deficiente interpretación del Juzgador al emitir resoluciones judiciales.

1.3.2. Objetivos específicos.

- Establecer las razones que evidencian la falta de claridad en el bien jurídico protegido del delito de enriquecimiento ilícito.
- Identificar las evidencias jurisprudenciales que muestran la omisión en la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito.
- Precisar la adecuada normativización del delito de enriquecimiento ilícito en el código penal para evitar la impunidad.
- Identificar la opinión de expertos con relación a la falta de claridad del bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito.



1.4. Justificación del Estudio

La presente investigación tiene una justificación teórica, porque conllevará a contrarrestar la impunidad y el desconcierto en la emisión de resoluciones judiciales emitidas por el órgano jurisdiccional estableciendo en forma clara y precisa cual es en realidad el bien jurídico protegido del delito de Enriquecimiento Ilícito y su tipificación adecuada en la norma sustantiva penal; de la misma manera promoverá una gran reflexión, discusión y debate del tema sobre el delito de enriquecimiento ilícito, coadyuvará a conocer de mejor manera el bien jurídico partiendo de teorías y doctrinas que ayuden a analizar e interpretar de modo claro y preciso el bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito.

Servirá como referente de estudio para futuras investigaciones en el tema del delito en enriquecimiento ilícito.

1.4.1. Valor teórico.

El presente trabajo es un instrumento de apoyo y de interpretación para poder describir dentro de nuestro país, mediante un análisis especial el delito de enriquecimiento ilícito generando nuevos conocimientos que se obtendrán de los resultados los cuales se plasman en conclusiones y sugerencias, las que serán útiles para investigaciones futuras.

1.5. Metodología

1.5.1. Alcance del estudio.

Esta investigación consiste en analizar un fenómeno mediante el estudio, y la obtención de datos e información.



1.5.2. Escenario.

Sentencias emitidas por el juzgado penal de investigación preparatoria de cusco especializado en delitos de corrupción de funcionarios judicial, jurisprudencia así como opinión de abogados y magistrados, dentro del ámbito del distrito judicial del Cusco.

1.5.3. Tipo y nivel de investigación.

Existe diversos tipos de investigación, en esta tesis se desarrolló el tipo de información jurídica, documental y dogmática, siendo así de tipo jurídico propositivo.

1.5.4. Unidad de Estudio

Sentencias, jurisprudencias y opiniones de expertos.

1.5.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Se ha utilizado, la entrevista a expertos en materia penal, asimismo se obtuvo información documental mediante datos jurisprudenciales y sentencias emitidas por el órgano jurisdiccional.

1.6. Hipótesis

1.6.1. Hipótesis general.

La falta de claridad del bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito, SI provoca impunidad y deficiente interpretación del tipo penal en el delito de enriquecimiento ilícito por el juzgador al emitir resoluciones judiciales

1.6.2. Hipótesis Específicos.

- Existen razones suficientes que evidencian la falta de claridad en el bien jurídico protegido del delito de enriquecimiento ilícito.



- Se evidencia jurisprudencia que muestra la omisión en la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito.
- Se precisa la manera de normativizar el delito de enriquecimiento ilícito en el código penal para evitar la impunidad.
- Se identifica la opinión de expertos con relación a la falta de claridad del bien juicio protegido en el delito de enriquecimiento ilícito



CAPÍTULO 2: DESARROLLO TEMATICO

2.1. Antecedentes de estudios

2.1.1. Teoría del delito.

A.- Delito.

(Ministerio de Justicia, 2017). Tradicionalmente se define delito como la acción y omisión penada por ley. El código penal define al delito como las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por Ley (La acción activa o pasiva es la base de la conducta punible).

(Ministerio de Justicia, 2017). La dogmática penal nos plantea que el delito es una conducta típica antijurídica y culpable, MIR PUIG, recogiendo las ideas de VON LISZT y BELING, sostiene que el delito es el comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, añadiéndose a menudo la exigencia que sea punible. (Plataforma digital única del estado peruano, s.f.)

B.- Teoría del delito.

(Ministerio de Justicia, 2017) La Teoría del delito es el instrumento conceptual que permite aclarar todas las cuestiones referentes al hecho punible. Sirve de garantía al definir los presupuestos que permiten calificar un hecho como delito o falta. La teoría del delito es obra de la doctrina jurídico penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del Derecho penal. Esta tiene como objetivo teórico más elevado la búsqueda de los principios básicos del Derecho Penal positivo y su articulación en un sistema único.

C.- La Teoría del delito compone las siguientes características.

1. *Conducta.*- los hechos punibles no pueden ser otra cosa que conductas humanas.



2. *Tipicidad*.- el delito solo puede ser una conducta que se corresponde con un tipo penal claramente formulado. Lo definitivo es señalar que no hay delito sin tipo legal: es decir, que bajo la conminación penal solo caen aquellas acciones formuladas claramente en especies de delitos definidos por el derecho positivo como el homicidio, el robo o la estafa.
3. *Antijurídica*.- Significa contradicción con el derecho y el ordenamiento jurídico.
4. *Culpabilidad*.- La conducta se debe reprochar jurídicamente al sujeto por no haber hecho lo que debía hacer, cuando sabía que estaba haciendo algo distinto de lo obligado por el mandato o lo prohibido por él. Las condiciones dentro de las que actuó u omitió son consideradas por el derecho suficiente para permitirle optar entre cumplir el mandato o violarlo.
5. *Dentro del estudio de la Teoría del delito también se advierten principios básicos que son:*
Norma rectora: Son aquellas que llevan los principios generales y los llevan a normas positivas o le dan desarrollo legal o jurisprudencial, no crea el Principio sino que lo individualiza.
(MONTALVO MARITSA, 2018)

a.- Principio rector.

Es el contenido informador, que por su propia naturaleza constitucional impone límites al poder punitivo del Estado. (Ministerio de Justicia, 2017)

b.- Principio de legalidad.

Es el principal límite de la violencia punitiva, *nullum crimen, nulla pena sine lege*. Se precisa, clarifica y fortalece a través del tipo penal. Entonces, se constituye en una fórmula sintética que expresa el conjunto de límites que surgen del referido principio para circunscribir con absoluta precisión la conducta prohibida o mandada al respecto de la cual está enlazado el ejercicio del



poder punitivo. Art. II Tit. Preliminar del CP. y Art. 2º, numeral 24, inciso d, de la Constitución. (Ministerio de Justicia, 2017)

c.- Principio de exclusión de analogía.

Directa relación con el principio de Legalidad, a partir de ello se advierte directa relación con la prohibición de analogía. La analogía es el proceso por el cual son resueltos los casos no previstos en la ley, extendiéndoles a ellos las disposiciones previstas para casos semejantes (analogía legis) o están deducidos de los principios generales del derecho (analogía juris). La prohibición de la analogía sólo alcanza a aquella que es perjudicial para el inculpado (analogía in malam partem); por el contrario, la analogía favorable es aceptada. (Ministerio de Justicia, 2017)

Tiene

Vgr: Aplicar por analogía circunstancias atenuantes o causales de exclusión de la punibilidad. Lo decisivo es el texto legal, todo lo que esté cubierto por el texto será interpretación justificada, lo que no esté será interpretación analógica. Debe respetarse, en todo caso, el sentido literal posible como límite extremo.

d.- Principio de irretroactividad:

Se excluye la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, salvo que fuera más favorable para el imputado. (Ministerio de Justicia, 2017)

e.- Principio de taxatividad:

Este principio exige que la norma penal, debe precisar al máximo posible las conductas prohibidas y la sanción que es objeto de prohibición, a fin de evitar que la misma resulte arbitraria o excesivamente invasiva. (Ministerio de Justicia, 2017)



f.- Principio de Lesividad (Protección de los bienes jurídicos).-

Para que una conducta sea considerada ilícita no sólo requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado. Esto significa que todos los preceptos penales deben proteger bienes jurídicos y que no se trata de que el Estado imponga una moral, una política o religión; es decir, no debe recaer sobre la libertad del ciudadano y por ello se debe tutelar intereses colectivos de toda la sociedad no de un grupo determinado. Nullum crimen sine iniuria (Ministerio de Justicia, 2017)

g.- Principio de culpabilidad: La pena requiere de la responsabilidad penal del autor.

Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva (Art. VII, Título Preliminar CP). Culpabilidad se le asigna un triple significado: 1. Como fundamento de la pena. 2. Como fundamento o elemento de la determinación o medición de la pena. 3. Como lo contrario a la responsabilidad sólo por el resultado, de modo que se impide atribuir responsabilidad por resultados imprevisibles, reduciendo las formas de imputación al dolo o la culpa. Busca impedir la vulneración de la dignidad humana. (Ministerio de Justicia, 2017)

h.- Principio de Cosa Juzgada:

Este principio implica que a una persona no se le puede sancionar dos veces por un mismo hecho; es decir, una vez cumplida la pena establecida por la norma, la potestad punitiva o acción penal termina (Ministerio de Justicia, 2017)

i.- Principio del Juez natural

Este principio refiere que todo ciudadano tiene derecho a ser Juzgado por un juez previamente determinado por ley y conforme a ley. (Ministerio de Justicia, 2017)



2.1.2. Teorías de la Pena.

a.- Las teorías absolutas de la pena.

Las teorías absolutas de la pena sostienen que la pena tiene la misión trascendental de realizar el valor Justicia. Por lo tanto, no se encuentran informadas por criterios de utilidad social. Este punto de partida es asumido por las llamadas teorías retributivas de la pena que la definen como retribución por una lesión culpable. En su versión subjetivo-idealista, Kant sostiene que la ley penal es un imperativo categórico que impone la razón del sujeto individual sin atender a consideraciones de carácter utilitarista. (GARCIA CAVERO, 2018).

El carácter estrictamente ideal de esta concepción de la pena se pone de manifiesto en el extendido ejemplo de la isla propuesta por el profesor de Königsberg, en donde llega a afirmar que si la sociedad de una isla decide disolverse, debe ejecutarse hasta el último asesino que se encuentre en prisión. La idea central de esta concepción es que la pena debe ser impuesta por imperativos de la razón, aunque su ejecución no sea necesaria para la convivencia social. (GARCIA CAVERO, 2018)

b.- Teorías relativas de la pena.

Las teorías preventivas renuncian a ofrecer fundamentos éticos a la pena, ella será entendida como un medio para la obtención de ulteriores objetivos, como un instrumento de motivación, un remedio para impedir el delito. Para explicar su utilidad en relación a la prevención de la criminalidad, se busca apoyo científico. (Congreso de Juristas, 2018)



2.1.3. *Teorías de la prevención especial.*

Desarrollada por diversas corrientes de pensamiento penal, como la escuela alemana de Liszt, el positivismo criminológico italiano, el correlacionismo y la escuela de defensa social. Aunque cada una de ellas presente matices, resulta factible enunciar sus propias formulaciones. Es la posición extrema contraria a la teoría de la retribución. (Congreso de Juristas, 2018)

Según este punto de vista preventivo- especial, el fin de la pena es disuadir a autor de futuros hechos punibles, es decir evitar las reincidencias, (versión moderna de la teoría) y solo es indispensable aquella pena que se necesite para lograrlo, se procurará readaptar al autor mediante tratamientos de resocialización. Así, la necesidad de prevención especial es la que legitima la pena, según Von Liszt; “sólo la pena necesaria es justa”. Se habla de “relativa” porque su finalidad está referida a la "evitación del delito. (Congreso de Juristas, 2018)

La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Esta concepción, influenciada por el determinismo, no admite la libertad de voluntad, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena. (Congreso de Juristas, 2018)

(Congreso de Juristas, 2018) Von Liszt se dedicó a clasificar delincuentes considerando que la eficacia de la incriminación exige que ella se adapte a cada sujeto, procurando corregir, intimidar, según la personalidad de cada individuo sobre el que la pena deba cumplir su función preventiva, de modo que para dicho autor la prevención especial actúa de tres maneras:

Corrigiendo al corregible, mediante la resocialización

Intimidando al vulnerable, respecto de aquel delincuente o sujeto que no necesita corrección o no es receptivo a ella haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni



intimidantes, con pena privativa de libertad. La necesidad de la pena es la que fundamenta en esta teoría de la imposición. Pese a que existen razones para considerarlo concepción dominante éste punto de vista también es vulnerable.

Algunas objeciones a la teoría de la prevención especial. En cuanto al fundamento y límites del "Ius puniendi" El ideal de corrección explica el fin que persigue la pena, pero no contiene ninguna justificación del "ius puniendi". (Congreso de Juristas, 2018)

No sirve para fundamentar la conminación de pena, sino en todo caso para fundamentar, a aplicación y ejecución de penas. (Congreso de Juristas, 2018)

No posibilitan una delimitación del ius puniendi en cuanto a su contenido.

Pueden crear el riesgo de fundamentar el Derecho Penal contra los inadaptados enemigos políticos- o las asociaciones –mendigos vagabundos, prostitutas, etc. (Congreso de Juristas, 2018)

Resulta válido cuestionar el derecho del Estado a someter a tratamiento contra su voluntad a una persona, especialmente si es adulta, porque puede traducirse en una manipulación de la personalidad para obligarla a dejar de ser lo que quiere. La imposición coactiva de un proceso de resocialización entra en contradicción con la idea de un estado de derecho que exige pluralismo Así, el fin de resocialización será de tan poca precisión que podría ampliar incontroladamente el poder del Estado en el campo del Derecho Penal. Incluso debería perseguirse un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, aún a riesgo de que la duración sea indefinida. (Congreso de Juristas, 2018)



1.- Imposibilidad de determinar la necesidad de la pena.

- En la mayoría de los casos nuestros conocimientos empíricos no bastan para delimitar la necesidad de la pena, lo que resulta extensivo a lo relativo a naturaleza y quantum de la pena. En aquellos supuestos en que resulte posible determinar la falta de necesidad de prevención especial la única conclusión viable sería la impunidad. (Congreso de Juristas, 2018)
- Delincuentes primarios y ocasionales; Porque no manifiestan peligro de volver a delinquir. (Congreso de Juristas, 2018)
- Delitos graves en ciertos casos no hay peligro de repetición. (Congreso de Juristas, 2018)
- Delitos cometidos en situaciones excepcionales: porque casi con seguridad no se volverán a repetir. (Congreso de Juristas, 2018)
- Delincuentes habituales: a veces no hay posibilidad de resocializarlos. (Congreso de Juristas, 2018)
- Delincuentes por convicción: se dificulta la resocialización debido a que para que la misma resulte viable es indispensable la colaboración del delincuente y no cabe su imposición coactiva, no podría aplicársele por la fuerza. (Congreso de Juristas, 2018)
- En el ámbito de individualización de la pena, surgen nuevas objeciones por la imposibilidad de predecir los efectos del tratamiento (si la pena se prolonga hasta que el tratamiento tenga éxito, el condenado queda a merced de la intervención estatal). (Congreso de Juristas, 2018)

2.- Ilegitimidad de la resocialización coactiva.

- El Estado o la sociedad no tienen derecho alguno que les permita readaptar a según las reglas socialmente impuestas, en forma coactiva al autor de un delito determinado. (Congreso de Juristas, 2018)



- No se puede, además, agotar el sentido de la pena en la readaptación social del condenado y el propósito de evitar la reincidencia. (Congreso de Juristas, 2018)
- La razón por la cual la teoría de la prevención especial quedó detenida en su evolución, no logrando superar las críticas apuntadas, se relacionan con su prematuro abandono de los conocimientos de las ciencias sociales y de la investigación empírica para construir las categorías de autor que debían servir de base al sistema. (Congreso de Juristas, 2018)

2.1.4. Teorías de la prevención general.

Tiene origen científico en Feuerbach, concibe a la pena como una amenaza que por medio de las leyes se dirige a toda la colectividad con el fin de limitar al peligro derivado de la delincuencia latente en su seno. Esta coacción formulada en abstracto se concretiza en la sentencia, cuando el juez refuerza la prevención general al condenar al autor debido a que por éste acto está anunciando a los demás lo que les ocurrirá si realizan idéntica conducta (por eso, la lógica de éste criterio exige que las penas sean cumplidas, de lo contrario, el fin intimidatorio se ve afectado). Así, en su formulación pura, estas concepciones no se fijan en los efectos que la pena puede surtir sobre el autor mismo, de manera que, "prevención general", significa también evitación de los delitos mediante la producción de efectos sobre la generalidad. (QUISPE TAYPE, 2009) Estas teorías suelen ser identificadas con el aspecto intimidatorio de las penas ya que su justificación estará dada por su fin de evitar la comisión de hechos punibles respecto de sus potenciales autores. La prevención general actúa no sólo con la conminación general de penas, sino que adquiere mayor efectividad con su imposición y ejecución La conminación penal debe intimidar y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de la amenaza según fouerbach; La ejecución de la pena tiene lugar "para que la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza". (QUISPE TAYPE, 2009)



Esta teoría parece presentar la ventaja de no tener que recurrir al criterio clásico de la culpabilidad sino al de motivación del autor. Así, el tipo penal consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es motivar (mediante la amenaza con una pena) para que esa conducta no se realice. (QUISPE TAYPE, 2009)

En síntesis podemos decir que la prevención general está dirigida a la sociedad, con atención al aspecto negativo, ya que la pena es una coacción psicológica con la que se amenaza a la sociedad y con ella a los potenciales delincuentes para que se abstengan de delinquir. (QUISPE TAYPE, 2009)

2.1.5. Teoría de la prevención general positiva.

La prevención general puede ser entendida de un modo diverso al precedentemente expuesto. Por una parte, puede manifestarse por la vía de la intimidación a los posibles delincuentes (prevención general negativa), y, por la otra, como prevalecimiento o afirmación del derecho a los ojos de la colectividad. Así se adjudica a la pena ya un fin de conservación del orden, o de conservación del derecho, o para fortalecer la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia de la generalidad, o bien reforzar las costumbres sociales y la fidelidad al derecho o como afirmación de la conciencia social de la norma. (PIVA TORRES, 2019)

Dicho de otro modo, la función de la pena es confirmar la vigencia del ordenamiento jurídico en la conciencia colectiva, a fin de evitar posibles hechos delictivos.

Algunas objeciones a la teoría de la prevención general.

En cuanto al fundamento del "ius puniendi"



- Esta formulación encierra el peligro de su intrínseca debilidad para fundamentar cuándo es legítimo que el Estado use la pena, deja sin resolver la pregunta siguiente; ¿frente a qué supuestos tiene el Estado la facultad de intimidar? Ello explica su tendencia a favorecer el "terror penal" (como ocurrió en la baja Edad Media con la práctica de la ejecuciones ejemplares). (PIVA TORRES, 2019)
- Tampoco aporta datos acerca de ¿cuáles son los esperados y cuáles los indeseables? (PIVA TORRES, 2019)

a.- En cuanto al límite del "ius puniendi"

- Podría terminar en una tendencia al terror estatal porque podría conducir a un Derecho Penal más ocupado por su propia eficacia que por servir a todos los ciudadanos. (ANONIMO, <https://www.monografias.com › trabajos38 › derecho-penal-peru2>, 2018)
- No es posible determinar cuál es el énfasis punitivo que es necesario aplicar al delincuente para lograr el efecto intimidatorio en el resto del tejido social. (ANONIMO, <https://www.monografias.com › trabajos38 › derecho-penal-peru2>, 2018)

b.- No comprobar la coacción psicológica.

- Las suposiciones sobre el efecto intimidatorio de las penas ejemplares sólo pueden pretender el status de una cuestión de fe. (ANONIMO, <https://www.monografias.com › trabajos38 › derecho-penal-peru2>, 2018)
- Es muy difícil verificar cual es el efecto preventivo general de la pena. La idea de que la intensidad de la amenaza es proporcional al efecto preventivo, resulta al menos dudosa. (ANONIMO, <https://www.monografias.com › trabajos38 › derecho-penal-peru2>, 2018)



2.1.6. *Las teorías relativas de la pena.*

La comprensión del Derecho penal como fenómeno social nos lleva necesariamente a las teorías relativas de la pena, es decir, a aquellas teorías que entienden que la pena debe cumplir necesariamente una función social. El consenso doctrinal llega, sin embargo, sólo hasta este punto, comenzando a romperse cuando se tiene que determinar cuál esta función social. Si bien se suele reducir las teorías relativas a las que procuran fines de prevención, lo cierto es que cabe también otra orientación: las teorías de la reparación o reestabilización. (Jakobs, 2004) (GARCIA CAVERO, 2018)

2.1.7. *Teoría de la unión*

Los cuestionamientos que se les ha hecho a las teorías absolutas y a las diversas teorías de la prevención, han llevado, de alguna manera, a la formulación de teorías de corte ecléctico que buscan corregir los excesos a los que se llegaría con la asunción de la perspectiva de sólo una de ellas. Es así que se han desarrollado teorías de la pena que combinan la perspectiva retributiva con los fines de prevención. Dentro de las teorías de corte ecléctico destaca especialmente la llamada teoría de la unión o unificadora, según la cual la pena cumpliría una función retributiva, preventivo general y resocializadora. (GARCIA CAVERO, 2018).

La idea central de esta formulación doctrinal es que todas las teorías de la pena contienen puntos de vista aprovechables, por lo que conviene aprovecharlos en una formulación conjunta. Si bien podría pensarse que una teoría de la unión debería alcanzar fácil consenso, lo cierto es que se la ha sometido también a críticas muy severas. El reproche más duro que se le hace es crear niveles excesivos de discrecionalidad, en la medida que tanto el legislador como el juez podrían recurrir a cualquier teoría de la pena en función de la decisión que quisieran tomar. Por ejemplo: si se desea



establecer una pena severa se podría recurrir a la prevención general negativa, mientras que para sustentar la falta de necesidad de imponer una pena privativa de libertad a un delincuente podría tenerse en consideración el fin de resocialización del reo. De esta forma, cualquier pena podría ser utilizada en el sistema penal, recurriendo para su legitimación a la teoría que mejor se ajuste a la pena deseada. (GARCIA CAVERO, 2018)

a.- La función de restabilización de la pena

¿Qué es restabilización? Hasta ahora la exposición se ha centrado en las distintas variantes de las teorías preventivas de la pena o de teorías eclécticas que parten de la lógica de la prevención. Sin embargo, la función social de la pena puede configurarse de un modo distinto a como lo hacen las teorías de la prevención. En el escenario doctrinal ha aparecido el planteamiento de Jakobs. Si bien este mismo autor denomina a su comprensión de la pena, al igual que su maestro, “prevención general positiva”, un análisis de su planteamiento muestra claras diferencias con la prevención general positiva de Welzel. Jakobs cuestiona que la función del Derecho penal sea motivar a las personas a evitar lesiones a los bienes jurídicos, en la medida que cuando el Derecho penal aparece en escena, éstos se encuentran ya lesionados. (ANONIMO, <https://www.unifr.ch/ddp1/>, 2018)

Por otra parte, los bienes jurídicos resultan lesionados en diversas circunstancias sin que el Derecho penal tenga que intervenir por ello (una persona muere por su avanzada edad o un automóvil se deteriora por el paso del tiempo), así como el Derecho penal interviene muchas veces sin que se precise de la efectiva lesión de un bien jurídico (tentativa, por ejemplo). En consecuencia, la prohibición penal no es no lesionar bienes jurídicos, sino no realizar conductas que socialmente se consideren capaces de lesionar un bien jurídico. Como puede verse, el delito no se estructura sobre la lesión sino sobre la defraudación de una expectativa social de no realizar conductas socialmente perturbadoras. En este contexto de ideas, la pena no protege bienes



jurídicos, sino que devuelve la vigencia comunicativa-social a la norma infringida por el autor de una afectación al bien jurídico. (ANONIMO, <https://www.monografias.com › trabajos38 › derecho-penal-peru2>, 2018)

2.1.8. El bien jurídico en el derecho penal.

Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. Nociones elementales: el bien jurídico

Concepto:

El concepto de bien jurídico pertenece al conjunto de las categorías más recurrentemente empleadas por la doctrina penal de la parte especial. Con el concepto de bien jurídico se refiere la doctrina al objeto de protección, que no debe confundirse con el objeto material del delito. Así, en el hurto, el objeto viene dado por la cosa sustraída, mientras que el bien jurídico es el patrimonio. (PIVA TORRES, 2019)

El bien jurídico es aquella realidad valorada socialmente por su vinculación con la persona y su desarrollo. Vida, salud, integridad, libertad, indemnidad, patrimonio... son bienes jurídicos. Pero también lo son la Administración pública, entendida como conjunto de circunstancias de funcionamiento de la Administración que posibilitan el desarrollo de las personas; también la Administración de Justicia, el medio ambiente, la salud pública... Se trata de bienes supraindividuales, que también son objeto de protección por el Derecho penal.

El Derecho penal de la actualidad protege bienes jurídicos personalísimos, pero también el patrimonio y algunos bienes supraindividuales, entre los que se incluyen los llamados "intereses difusos", como el medio ambiente, la salud pública..., realidades valoradas socialmente que



afectan a diversas personas sin hallarse encarnadas en objetos materialmente tangibles. (PIVA TORRES, 2019)

El concepto de bien jurídico cumple una función instrumental, en cuanto permite clasificar los diversos delitos en torno a sus respectivos bienes jurídicos. Se habla así de una función sistemática. Cumple también una función interpretativa, en cuanto permite interpretar los diversos preceptos a la luz y desde el prisma del bien jurídico que vienen a tutelar. Por tanto, es clave poder identificar cuál es el bien protegido en cada delito; para ello, resultaría inidóneo afirmar que es aquel que la ley dice se protege (así, por ejemplo, en los delitos contra la Administración Pública, el bien jurídico protegido es la Administración Pública), porque se trata de una tautología. Lo relevante es poder definir qué se entiende por tal bien jurídico. Cuando recurrimos al canon teleológico de interpretación, solemos emplear el bien jurídico como elemento para dar contenido a los términos gramaticales de cada delito. (PIVA TORRES, 2019)

El bien jurídico cumple además una tercera función, la político-criminal, que significa que sirve para establecer límites a la acción del legislador cuando define conductas como delitos. Un Derecho penal garantista es aquel que ofrece límites y barreras a un uso desmedido del ius puniendi, en cuanto no sometido al ius poenale. El bien jurídico ofrece un límite en cuanto no es posible crear legislativamente delitos carentes de bien jurídico, en cuanto no pueden elevarse a la categoría de delito conductas que solamente atentan contra intereses políticos, ideologías..., y no contra realidades valoradas socialmente. (PIVA TORRES, 2019)

2.1.9. Bien jurídico y objeto de acción.

El bien jurídico ha de ser distinguido del objeto de la acción. Podría enunciarse así, como lo ha hecho la doctrina, un distingo entre objeto material y objeto jurídico del delito, siendo este



último el bien jurídico. El objeto material, u objeto de la acción, es aquel ente físico sobre el cual, concretamente, recae la acción del sujeto. Por ejemplo, en el delito de hurto es el objeto material del delito la cosa mueble que ha sido sustraída, y es el bien jurídico la propiedad (GARCIA CAVERO, 2018).

Este concepto surge en los comienzos del siglo XIX de la mano del pensamiento ilustrado como un límite al legislador a la hora de criminalizar conductas. Ese particular contexto histórico estuvo signado por una gran preocupación vinculada a contener al poder punitivo estatal. Sus primeras formulaciones le son atribuidas a Johann M. F. Birnbaum, no obstante se reconoce que Binding fue quien impuso el concepto de bien jurídico, aunque no como noción prelegal, tarea que sí intentó desarrollar con posterioridad Von Liszt, de este modo enseña Stratenwerh que El concepto de “bien” fue introducido en la discusión jurídico-penal por Birnbaum en 1834, con la expresa finalidad de lograr una definición “natural” de delito, independiente del Derecho positivo. (...) Para Binding, que es quien impuso realmente el concepto de “bien jurídico”, lo único determinante era la decisión del legislador de otorgar protección jurídica a un bien. En contraposición, fueron sobre todo v. Liszt y la doctrina neokantiana del Derecho penal, representada entre otros por M. E. Mayer y Honig, los que intentaron desarrollar parámetros “prelegales”. Por su parte, Aguirre Obarrio reconoce en von Liszt al hacedor principal del traspaso de la idea de derecho subjetivo protegido a la de bien jurídico protegido. (GARCIA CAVERO, 2018)

a.- Función de garantía

La noción de bien jurídico ha dado lugar, en el ámbito del Derecho penal, al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. La principal consecuencia que puede extraerse del principio mencionado en el hecho de que sólo sería legítima aquella norma destinada a proteger



bienes jurídicos. Ello descarta la posibilidad de cualquier tipo de sanción respecto de pensamientos o comportamientos que no dañen a otro. Es una idea que tiende a la reducción del Derecho penal. Bacigalupo se expresa de la siguiente forma: El Derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría límites para el *ius puniendi*, es decir para el derecho de dictar leyes penales...¹⁷. Por su parte, Maximiliano Rusconi enseña que Según esta teoría, es el concepto de la protección de bienes jurídicos el que debe transformarse en la idea rectora de la formación del tipo y en la legitimación de la intervención punitiva. El derecho penal, para este punto de vista, es el instrumento al que se acude sólo para la protección de los intereses vitales de la comunidad: vida, libertad, honor, propiedad, etc. Queda claro entonces, que tal principio, en apariencia, no puede ser entendido sino como una garantía del individuo frente al poder estatal y nada más que eso; pues allí donde haya una pena deberá haber un bien jurídico lesionado, lo cual no significa que allí donde haya un bien jurídico lesionado deba haber una pena. (PIVA TORRES, 2019)

Sin embargo, esta función de garantía que acompañó al nacimiento del concepto de bien jurídico ha sufrido violentas modificaciones que han olvidado su carácter de estándar axiológico. (ANONIMO, <https://www.unifr.ch/ddp1/>, 2018)

Maximiliano Rusconi, siguiendo a Ferrajoli, traza la siguiente “parábola involutiva”: 1. En un primer momento, en el pensamiento ilustrado, el objeto del delito debía ser la lesión de un



derecho subjetivo natural de la persona (vida, salud, libertad). 2. Birnbaum luego hablaría de “cualquier bien que debe ser tutelado por el Estado, siempre que esta tutela general no pueda ser realizada más que mediante la amenaza de una pena determinada”. 3. Para la escuela clásica italiana (Romagnosi, Pellegrino Rossi y Carrara) el concepto continúa manteniendo una base empírica. 4. En la segunda mitad del siglo XVII el concepto pierde “toda función axiológica”. Quizá en este momento se produce la “bisagra” más nítida desde el punto de vista conceptual. (ANONIMO, <https://www.unifr.ch/ddp1/>, 2018)

Al decir de Ferrajoli: “Su significado no sólo se amplía, sino que conoce una radical alteración de su referente empírico, que se desplaza de los intereses individuales afectados al interés del Estado, concebido al principio como interés en la protección de lo que éste considera digno de ella y, más tarde, simplemente, como interés en la obediencia o en la finalidad. Este giro, en parte, es atribuido a Hegel” (cita de Ferrajoli, *Derecho y Razón*, ps. 464 y ss.). 5. Luego, a través de Ihering, Liszt y Binding, el concepto, progresivamente, se va transformando en “el derecho del Estado a las acciones u omisiones impuestas bajo amenaza de pena”. Esta concepción se ve identificada nítidamente en la concepción de Giuseppe Maggiore para quien “todo delito es, en definitiva, un delito de felonía, un crimen *laesae maiestatis*”. 6. El último giro “involutivo”, Ferrajoli lo ubica en la etapa espiritualista e irracionalista en la cultura alemana de comienzos del siglo XVIII, momento en el cual “el concepto de bien se desmaterializa definitivamente, transformándose, de criterio de delimitación y deslegitimación externa, en instrumento positivo y autorreflexivo de legitimación política de los intereses tutelados”. 7. Sin embargo, Ferrajoli advierte que luego de la Segunda Guerra Mundial el concepto adquiere “relevancia crítica y función axiológica”. (ANONIMO, <https://www.monografias.com › trabajos38 › derecho-penal-peru2>, 2018)



b.- El bien jurídico según roxin.-

(JULCA VASQUEZ, 2018) Roxin (2016: 437) señala que “(...) se pueden definir los bienes jurídicos como realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin”. También se indica, desde una perspectiva penal-constitucional, que un concepto solvente de bien jurídico debe satisfacer tres criterios:

- Debe adecuarse a la realidad: cuando hablamos de bien jurídico, hablamos de la relación correcta entre Derecho y vida, de un puente firme hacia los verdaderos bienes de las personas hoy en día; 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. (JULCA VASQUEZ, 2018)
- El concepto de bien jurídico debería ser selectivo y nítido: se trata de los límites a la intervención en la libertad de actuación humana, es decir, de un concepto protector de la libertad, por lo que exige diferenciaciones precisas de los objetos y denominaciones cercanas a los hechos. (JULCA VASQUEZ, 2018)

2.1.10. Los bienes jurídicos como criterio para la exposición de los delitos en la parte especial del código penal.

La parte especial de nuestro Código Penal —correspondiente al Libro Segundo— expone los delitos. Esa exposición está orientada por los bienes jurídicos a los cuales las conductas tipificadas lesionan. Este modo de clasificación de los delitos se remonta, en la doctrina internacional, a Giovanni Carmignani, ilustre representante de la escuela toscana del derecho criminal. Se precisa que el bien jurídico demuestra una valoración por parte del legislador, es decir,



los bienes jurídicos que primero aparecen son los de mayor importancia. Esta enumeración de delitos reconoce la siguiente clasificación: se toman en un mismo título los delitos que dañan un mismo bien jurídico (v.gr., Título V, “Delitos contra la libertad”) o, excepcionalmente, se toma como parámetro al titular de los bienes jurídicos lesionados, como así lo hacen los títulos correspondientes a los delitos contra las personas, delitos contra la administración pública y delitos contra los poderes públicos; luego, dentro de cada título, encontramos diferentes capítulos, en los cuales se subclasifican los delitos que lesionan un mismo bien jurídico de acuerdo al modo de ataque o de acuerdo a una “fragmentación del bien jurídico genérico”. (Paucarpura Aguirre, 2019)

1.- Algunos problemas estructurales

La pregunta acerca del bien jurídico debe incidir en dos ámbitos que hacen a la estructura misma del sistema penal: el primero —y conceptualmente previo a la elaboración misma de la teoría del delito— está vinculado a la necesidad de que las normas penales tiendan a proteger bienes jurídicos; el segundo, y siempre que el primero arroje una respuesta afirmativa, referido al impacto que la lesión efectiva al bien jurídico debe tener en el ámbito de la conformación del ilícito, es decir, si ante la creencia de que el orden jurídico-penal se estructura sobre la base de la protección de bienes jurídicos, la lesión efectiva del bien (resultado típico) debe tener incidencia a la hora de fundar el ilícito. La protección del bien jurídico como fundamento del sistema de sanciones penales El primer problema con el cual nos topamos en el marco de análisis respecto de la temática del bien jurídico es el referido a la veracidad respecto de esa función externa que ha de cumplir el bien jurídico como fundamento del derecho penal y como límite del mismo. (Paucarpura Aguirre, 2019)

En la actualidad existen fuertes sectores de la doctrina que cuestionan la aptitud del concepto de bien jurídico a los efectos de limitar el poder punitivo y, asimismo, su concreta eficacia



en la protección de los bienes. En consecuencia, ponen en crisis su capacidad para fundar el orden penal. Uno de los principales detractores de la teoría del bien jurídico proviene de la doctrina alemana, y es el lúcido jurista Günther Jakobs. El profesor de Bonn entiende que el derecho penal no tiene por función proteger bienes, sino reafirmar la vigencia de la norma. Comienza su argumento demostrando que, en realidad, el derecho penal no pretende proteger bienes, pues ellos, normalmente, se destruyen sin intervención de persona alguna, sino naturalmente. Así lo anota: Si se incluyen todos los bienes que deben ser protegidos de modo incondicionado (...) entre los bienes jurídicos, pronto se constata que en la gran mayoría de la ocasiones perecen de un modo que no le interesa al derecho, especialmente al derecho penal, en lo más mínimo. [Por ejemplo] [l]os seres humanos mueren por las afectaciones que sus órganos presentan inevitablemente al alcanzar una edad avanzada... (...) Se dice, entonces, que la relevancia jurídica de los bienes es relativa, referida sólo a una determinada puesta en peligro. (Paucarpura Aguirre, 2019)

(...) el derecho penal ya no garantiza la existencia de los bienes jurídicos en sí, sino sólo que las personas no ataquen esos bienes, y, de manera correspondiente, únicamente en esta medida se tratará de bienes jurídicos, por lo demás, de meros bienes que pueden perecer. (...) La muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión de un bien jurídico. Por lo tanto, el derecho penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques, y sólo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecerán en la lente del derecho, y serán bienes jurídicos. (...) Por lo tanto, el derecho penal como protección de bienes jurídicos significa (en todo caso!) que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona. Del párrafo transcrito puede apreciarse la línea argumentativa mediante la cual Jakobs funda su discurso. Su retórica se aparta de cualquier noción material de bien para centrarse en la idea de



personas interrelacionadas conviviendo en sociedad. De esta forma al derecho penal (o a la legislación penal) le interesa que un sujeto no ataque al resto, y no proteger un bien. Así lo escribe Jakobs: (Paucarpura Aguirre, 2019)

Si se considera esta primera pequeña conclusión provisional con más detalle (...), se percibe que, en lugar de la afirmación de que el derecho penal persigue la protección de bienes jurídicos, también puede plantearse (...) que el derecho penal garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes. Pero de lo hasta aquí expuesto pueden quedar aún algunas dudas respecto de la materialidad del bien, pues parece que incluso cuando el derecho penal no protege bienes, al menos intenta evitar ataques contra ellos (o mejor, contra personas encarnadas en sus bienes), pero el jurista de Bonn se encarga de aclarar el panorama: A primera vista (...) parecería que en última instancia, todo acaba en la protección de bienes jurídicos. Pero si hacemos un examen más exacto: (...) el titular del bien puede permitir su destrucción; si el bien está en peligro, no sucede que todos deban ayudar al titular a salvarlo; únicamente se pretende que no tenga lugar la destrucción o la sustracción del bien. Por lo tanto, desde el punto de vista del derecho penal, el bien aparece exclusivamente como pretensión del titular de que éste sea respetado (...) el bien no ha de representarse como objeto físico o algo similar, sino como norma, como expectativa garantizada.... Concluye tajantemente Jakobs: El derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos. Pues, afirma el profesor alemán: Lo que caracteriza al comportamiento humano jurídico penalmente relevante no es que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos —esto también sucede por catástrofes naturales, animales, etc., sino su significado: contiene el esbozo de un mundo³⁰. En su favor intenta demostrar, entre otras cosas, que existen tipos penales que no suponen la lesión de bien jurídico alguno, sino que se definen exclusivamente por la infracción de ciertos deberes, lo que él denomina, siguiendo la teoría sistémica de Luhmann



31, abandono del rol. Entre esos delitos, Jakobs anota, fundamentalmente, a aquellos en los cuales el sujeto activo no puede lesionar un bien jurídico, por la sencilla razón de que el bien jurídico no existe aún, sino que él, en todo caso, tiene a su cargo su creación, y, en el mejor de los casos, ni siquiera debe crear un bien, sino que debe realizar una institución. Ejemplo de estos delitos son los de funcionarios públicos: “No es posible ordenar al derecho penal en función de un esquema tan sencillo, bien versus moral; pues los bienes (...) presentan determinadas condiciones de supervivencia sin la cuales no pueden ser usados, y también habría que proteger esas condiciones de subsistencia. Dicho en un ejemplo: sólo en un Estado con una administración de justicia segura podrá haber propiedad segura (...). Por ello es necesario proteger a la administración de justicia frente a los cohechos, a las prevaricaciones, etc. Pero cuando un juez comete prevaricación, no ha lesionado un bien existente en perfección e independiente de él con la denominación “correcta administración de justicia” sino que no ha generado aquella administración de justicia que debe existir. [Se podría decir que el juez habría dejado de participar, en contra de su deber, en la constitución del bien jurídico “correcta administración de justicia”; sin embargo, con toda certeza es más adecuada a la materia la formulación de que el juez ha abandonado su rol, es decir, que ha lesionado las expectativas que existían frente a él en cuanto titular de un determinado rol. (...)] Siempre que el autor no actúa en el papel de ‘cualquiera’, que sólo tiene el contenido negativo de que no debe lesionar a otros, sino que actúa cumpliendo un rol con contenido positivo, (...) tiene el cometido de realizar una institución, y por ello la denominación de lesión de un bien jurídico es completamente inadecuada para tales infracciones de deber” 32. Como vimos, muy hábilmente, el profesor alemán demuestra que uno de los extremos de la teoría del bien jurídico es, en el marco científico de su teoría, falso. Pues afirma que no todo tipo penal sanciona a quien lesione un bien jurídico, por la sencilla razón de que existen tipos penales que sancionan única y exclusivamente



“la defraudación del rol asignado”. Pero el argumento del lúcido jurista de Bonn no se detiene, sino que, habiendo demostrado que existen situaciones en las cuales se debe penar a alguien que no lesiona bienes jurídicos, nos muestra ahora que existen situaciones en las cuales no se debe penar a quien sí lesiona el bien jurídico: ...la acusación de la pérdida (...) per se nada significa respecto de la competencia por esa pérdida (...). Quien no hace nada que contradiga su rol (legal) tampoco defrauda una expectativa, sino que se conduce de modo socialmente adecuado, cuando adquiere relevancia causal respecto de la lesión de un bien” . En una pequeña conclusión acerca del pensamiento de Jakobs que aquí transcribimos, podemos afirmar que el jurista alemán advierte, y enseña, que —conforme a su teoría, vale aclarar— el factor común a todos los ilícitos no es la lesión de un bien, pues ella puede existir o no —o puede también no castigarse a nadie aun existiendo bien jurídico lesionado—, sino que lo que existe en todos los ilícitos —y lo que siempre se castiga— es el abandono de un rol que defrauda una expectativa. Pero debemos señalar en este punto que Jakobs no está solo en su postura, pues no sólo desde la doctrina alemana se hacen escuchar las voces críticas, sino que algunas de ellas provienen de nuestro país, y aún más cerca, desde nuestra propia universidad. En ese sentido, debemos mencionar a Marcelo Sancinetti, quien —en lo que parece ser un gran cambio en lo que había sostenido en su primera tesis doctoral— afirma que la idea de un derecho penal como protector de bienes jurídicos resulta expansiva del poder punitivo, pues si se pretende erigir a la amenaza de pena en un escudo protector de bienes, qué más conveniente que “incrementar el grosor de ese escudo” (incrementar las penas) para lograr una más eficaz protección. Y, adicionalmente, afirma que tal protección no puede ser realizada fácticamente. Así lo escribe Sancinetti: Si el Derecho penal realmente pudiera cumplir la misión de “proteger bienes jurídicos” en sentido físico, como si fuera un vidrio blindado que se levantase delante de los bienes, ciertamente sería correcto aumentar el grosor del vidrio tanto como fuera



posible, pues cuanto más denso fuese el blindaje, mayor sería la protección. Pero esa noción es errada. La ley penal no es un “escudo protector”; ni pretende, ni puede lograr que el delito desaparezca. Ésa no es una misión que deba serle adscripta como cosa propia ni siquiera en forma ideal. No es que por el hecho de que la ley penal sea incapaz de cumplir esa misión deba desaparecer: sólo significa que no “protege”, al menos no si por “protección” se entiende un “escudo real contra el agresor eventual. El argumento parece, a primera vista, ser convincente, pero puede, sin embargo, ser rebatido con la misma o mayor sustancia. En este sentido, podemos responder a ese argumento utilizando palabras de un férreo defensor del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, como lo es Maximiliano Rusconi (aunque el autor citado las utiliza para contestar a un argumento diferente de Julio Maier, creemos que aplican del mismo modo respecto de la opinión de Sancinetti). En esos párrafos se expresa Rusconi sosteniendo que las garantías, por principio, son instrumentos que tienden (y sólo pueden tender) a limitar el poder punitivo estatal y jamás a ampliarlo o legitimarlo, por esa razón, dice Rusconi, no se puede pretender utilizar el argumento del bien jurídico protegido para incrementar las penas, pues esa idea desvirtuaría la función propia de la garantía. De esta forma, entiende el lúcido jurista argentino, que “una conducta que amenaza al bien jurídico es la condición necesaria, pero no suficiente para criminalizar esa conducta”; “el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos es un límite al momento de construir el tipo penal, pero nunca un elemento extensivo del tipo penal frente a otros criterios negativos de la tipicidad”. El argumento de Rusconi puede llegar a conformarnos respecto de la imposibilidad de ampliar el poder punitivo sobre la base del concepto del bien jurídico, pero, hasta ahora, nada nos dice respecto de la ineficacia que Sancinetti le cuestiona a los efectos de proteger bienes. Y, ciertamente, Rusconi no pretende en ningún momento demostrar la eficacia que Sancinetti reclama, pues a él no le importa legitimar el poder



punitivo, sino que su preocupación pasa, pura y exclusivamente, por limitar el existente sobre la base de las garantías constitucionales; en este sentido afirma: ...la teoría del bien jurídico (...) no pretende fundar en razones explicables empíricamente la legitimidad del sistema de control penal, sino todo lo contrario. Esta teoría busca establecer como condición de ilegitimidad un déficit material de la actividad legislativa. El derecho penal sería ilegítimo si sus normas no pueden reconducirse a la protección de bienes, y adicionalmente será ineficaz si no logra esa protección a la cual remite el discurso normativo Empero, Sancinetti sí se preocupa por encontrar una “bondad legitimante” en el ejercicio punitivo, y por ello ensaya un argumento vinculado con la función del Derecho penal, no como protector de bienes, sino como protector de normas. Veamos: La pena sólo “protege” en el sentido de una “comunicación” trabada entre infractor y sociedad y entre los miembros de la sociedad. El quebrantamiento de una norma advierte a todos que la expectativa de la conducta debida que encierra la norma está en discusión. La pena demuestra que, para la sociedad, en cambio, todo aquel que se atenga a la norma está en lo correcto; quien la quebrante, en lo erróneo. Se trata, pues, de un intercambio de mensaje y respuesta. El autor del hecho punible pronuncia el principio: “la norma que quebranto no rige para mí”; la sociedad le responde que sí rige, constata la norma como existente; y se lo demuestra a todos, también al autor, a su costa. Rusconi retoma el argumento de la eficacia (o mejor, falta de eficacia) que Sancinetti objetara al concepto de protección de bienes. Pero lo hace revirtiendo el argumento y le traslada el problema a Sancinetti. En efecto, afirma Rusconi que Sancinetti puede tener razón en cuanto a la incapacidad del poder penal para proteger bienes, pero sostiene que Sancinetti tampoco podría negar que el poder penal es igualmente inoperante a los efectos de “estabilizar normas”, pues ese “mensaje comunicacional” se daría en un número ínfimo de infracciones, ya que las estadísticas del sistema penal demuestran que la gran mayoría de hechos delictivos no son condenados (o mejor, sólo una



pequeñísima minoría de hechos delictivos son condenados). Por lo tanto, y en definitiva, reformulando aquí lo que afirma Sancinetti, en el común de los casos el autor del ilícito diría: “La norma no vale para mí”, y la sociedad nada respondería. En consecuencia la norma no sería estabilizada, y de hecho jamás podría serlo — salvo en un número mínimo de casos—, pues el problema de que la criminalización secundaria no se realice no es coyuntural de este contexto histórico-territorial —de nuestro sistema penal—, sino estructural de cualquier sistema penal, pues como afirman Zaffaroni, Alagia y Slokar: “La criminalización primaria es un programa tan inmenso, que nunca y en ningún país se pretendió llevarlo a cabo en toda su extensión, y ni siquiera en parte considerable, porque es inimaginable” En suma, puede afirmarse que el argumento vinculado con el aumento de penas — situación a la cual la teoría del bien jurídico conduciría— es inválido por desconocer la naturaleza liberal propia que el bien jurídico entraña, esto es: la exclusiva y única capacidad de ser factor limitante y contenedor del poder punitivo. A su turno, el segundo argumento dado por el sector funcionalista, el argumento de la eficacia, es tan perjudicial para una teoría como para la otra, pues ninguna sale airosa de la prueba empírica. Y podemos agregar, como dato curioso, que las teorías funcionalistas parecen, en la mayoría de los casos, desconocer cualquier relevancia al dato empírico, cualquier dato de la realidad ajeno al mundo normativo —pues su afán tiende a la normativización de todos los conceptos—, pero, sin embargo, cuando algún dato fáctico es “funcional” a los efectos de “estabilizar” su teoría contra embates críticos o de “desestabilizar” teorías ajenas, suelen recurrir al dato empírico o al ejemplo del mundo cotidiano. En conclusión, y en consecuencia, sea cual fuere la teoría que se escoja, a ella sólo podrá caberle la tarea de limitar el poder punitivo, pero no la de legitimarlo; y si el bien jurídico puede ofrecer algo en ese sentido, será recibido con beneplácito. 2. La lesión del bien jurídico como fundamento del ilícito Una vez establecido que el principio de exclusiva protección de bienes



jurídicos es criterio rector a la hora de fundar un sistema penal, parece lógico suponer que si la razón de ser de las normas penales fuera la protección de bienes, entonces debería existir un mayor reproche punitivo hacia quien lesiona el bien jurídico en comparación de quien sólo lo pone en riesgo, pero ello puede ser controvertido. Aunque cabe aclarar que desde una óptica de estricta lege lata la discusión no resiste siquiera un round, pues el Código Penal argentino ha establecido penas mayores para el delito consumado que para la tentativa, para el delito de lesión que para el de peligro concreto y para el delito de peligro concreto sobre el de peligro abstracto (aunque desde el punto de vista constitucional uno puede sostener que, de conformidad con el principio de culpabilidad, no es legítimo agravar la situación punitiva por causar el resultado respecto de quien hizo lo mismo y no causó el resultado). Sin embargo, no es aconsejable remitir la discusión al texto de la ley sin buscar los fundamentos que le confieren racionalidad (o lo tornan irracional) por ello abriremos el juego a la opinión controversial. (Paucarpura Aguirre, 2019)

En este entendimiento, ha afirmado Sancinetti en su primera tesis doctoral: Cuando la norma prohíbe el homicidio, marca que la vida del hombre constituye un bien, un valor, del cual deriva la prohibición. De aquí se sigue que el bien jurídico cumple una función prioritaria en el concepto de ilícito; no el resultado efectivo, pero sí el resultado que la decisión de acción abarcó en el contexto de la finalidad. ¿Cuál es entonces esa función prioritaria del bien jurídico? En primer lugar, la de dar legitimidad a la norma que impone el deber: el legislador, según principios normativos de orden superior, constitucionales —y, por ende, contingentes, no conceptuales—, no puede imponer cualquier deber. En segundo lugar, cumple la función de definir el disvalor de acción contrario a la norma; pues la acción no es contraria a la norma sin más ni más, “porque sí”, sino en la medida en que la voluntad del autor se contrapone al bien jurídico, y, por medio de esto, a la norma... La función legitimante de la norma penal que tiene el bien jurídico, no se pone de



manifiesto entonces en que debe haber un menoscabo efectivo (resultado), sino en que sólo mediante la relación de oposición entre la voluntad del autor y el bien jurídico, puede ser definido, precisamente, el disvalor de acción. De lo expresado en aquella oportunidad por el jurista de Buenos Aires, tenemos que, según él, aun en el caso de que creamos que el bien jurídico cumple alguna función como control externo al sistema, esta función no implica que la efectiva lesión de ese bien deba ocupar algún lugar en la fundamentación del ilícito, sino que mediante una teoría subjetivista (basada única y exclusivamente en el disvalor de la acción) podría igualmente fundarse un orden penal tendiente a la protección de bienes, pues lo que da sentido a la norma es la idea de impedir que los individuos realicen acciones que tiendan a lesionar bienes jurídicos, y la norma, entonces, sólo puede impedir (y, por ende, prohibir) esa acción, mas no puede impedir (y, por ende, prohibir) la lesión. Más claro aún puede leerse en el siguiente párrafo: Naturalmente, el hecho de que el ilícito esté constituido por el disvalor de acción exclusivamente, no le quita un ápice al valor del bien jurídico como principio fundante: “Sin un disvalor de resultado al cual esté dirigida la acción, tampoco es posible un disvalor de acción. Ninguna acción es plena de valor o contraria al valor por sí misma; ella siempre recibe su valor o su disvalor recién de su referencia a una meta plena de valor o contraria al valor. De ello se sigue que no hay acciones de ilícito, cuyo disvalor no esté referido a un bien jurídico; toda prohibición jurídico-penal sirve a la protección de un bien jurídico” [Zielinski, Diethart, Handlungsunwert, ps. 124 y ss.]. Tendría que estar absolutamente fuera de cuestión que —según esto— un concepto de ilícito circunscripto al disvalor de acción no tendría modo de desviar el derecho hacia la moral, porque toda consideración sobre la legitimidad de la protección del “interés” respectivo (bien jurídico), se halla ya en la base del juicio de disvalor sobre la acción. Creemos aquí que el problema es complejo, y puede que Sancinetti tenga cierta razón en cuanto a que el efectivo resultado no es factor determinante a la hora de fundar el ilícito,



sin embargo debido a que en este pequeño trabajo no pretendemos introducirnos en una problemática semejante —razón por la cual no podemos fundar debidamente una postura en este punto—, optaremos por quedarnos —provisoriamente, y sólo provisoriamente— con el siempre simplista argumento de lege lata y afirmar —en principio y para no confundir al lector novel que se introduce en el estudio de la materia— que la lesión al bien jurídico es carácter rector a la hora de fundar el ilícito y, en consecuencia, será determinante en la tarea hermenéutica de resolución de casos, permitiendo la inclusión de criterios correctores de la imputación, como lo es la “insignificancia” (en la obra de Zaffaroni aparece como criterio limitador de la tipicidad conglobante). (Paucarpura Aguirre, 2019)

2.1.11. Administración pública.

Se entiende por administración pública, en su enfoque procedimental, a todas las instituciones y organismos públicos y privados que prestan servicios públicos. Son las entidades de cualquier naturaleza que sean dependientes del gobierno central, los gobiernos regionales o los gobiernos locales, incluido sus correspondientes organismos públicos. (ANONIMO, <http://www2.congreso.gob.pe>, 2018)

En efecto, la administración pública comprende a los organismos que desempeñan una función de interés público, especialmente de provisión de servicios y/o regulación de los comportamientos e intereses de la sociedad, el mercado, así como del propio Estado y sus instituciones. (ANONIMO, <http://www2.congreso.gob.pe>, 2018)

Por otro lado, a la gestión pública lo define, como el conjunto de acciones mediante las cuales las entidades tienden al logro de sus fines, objetivos y metas, los que están enmarcados por



las políticas gubernamentales establecidas por el Poder Ejecutivo. (ANONIMO, <http://www2.congreso.gob.pe>, 2018)

Integrando ambos conceptos, porque en si encierran dos elementos de dan origen a la acción estatal y gubernamental, podemos decir que la gestión pública está configurada por los espacios institucionales y los procesos a través de los cuáles el Estado diseña e implementa políticas, suministra bienes y servicios y aplica regulaciones con el objeto de dar curso a sus funciones. (ANONIMO, <http://www2.congreso.gob.pe>, 2018)

La Gestión pública de acuerdo con (Bastidas & Pisconte, 2009) se ocupa de la utilización de los medios adecuados para alcanzar un fin colectivo. Trata de los mecanismos de decisión para la asignación y distribución de los recursos públicos, y de la coordinación y estímulo de los agentes públicos para lograr objetivos colectivos. Ésta es una definición muy general que hay que matizar y concretar desde diferentes puntos de vista. La acción pública se desarrolla en varias dimensiones que actúan simultáneamente. (ANONIMO, <http://www2.congreso.gob.pe>, 2018)

Estas dimensiones son:

- En términos de las relaciones de poder que se establecen entre los grupos sociales que actúan en instituciones determinadas, su estudio le corresponde a la Ciencia Política y la Sociología. (ANONIMO, <http://www2.congreso.gob.pe>, 2018)
- En términos jurídicos, cuando se considera a la Administración pública como una persona jurídica que tiene derechos y obligaciones, su estudio le corresponde al Derecho, (ANONIMO, <http://www2.congreso.gob.pe>, 2018)
- En términos administrativos, cuando se ocupa de los métodos de trabajo y organización interna, su estudio le corresponde a las Ciencias de la Administración y la ingeniería. En efecto la



acción de gobierno requiere de i) instituciones, ii) de mandatos y ordenes, cumplidos a través de políticas y funciones, y iii) métodos de trabajo y organización (tecnologías, instrumentos y procedimientos), para ejecutar y cumplir con sus fines y responsabilidades. (ANONIMO, <http://www2.congreso.gob.pe>, 2018)

- Las actividades técnicas son las acciones y aptitudes subordinadas a conocimientos técnicos prácticos e instrumentales, con base científica, necesarios para el ejercicio de una determinada responsabilidad, capacitan a hombres y mujeres para mejorar su bienestar, dando lugar a la gestión que para el caso de la actuación del Estado se denomina Gestión Pública. (ANONIMO, <http://www2.congreso.gob.pe>, 2018)

a.- Consideraciones de la administración pública.

La administración pública presenta las siguientes características:

- Organización y funciones: Es necesario que la administración pública en sus variadas facetas singularice su función (legislativa, administrativa, judicial), precise el marco de valoración de su actividad y de esta forma se podrá establecer la tutela penal con más o menos acierto. Ciertamente, la administración pública presenta un cuadro organizacional donde quedan establecidas las líneas jerárquicas y la forma y modo de presentación de su servicio. (ANONIMO, <http://www2.congreso.gob.pe>, 2018).
- Normas y procedimientos: La administración pública cuenta con un cuerpo normativo que regula sus funciones y las relaciones que genere con los administrados; conllevando que, si se presentan contingencias, circunstancias o riesgos en el ejercicio de tales funciones y/o relaciones, pero se presentan dentro de ese cuerpo normativo, todas estas situaciones se convierten en riesgo permitido.



- Potencial humano: Esto indica que la administración pública cuenta con agentes dentro de su organización y que estos agentes asumen responsabilidad por las funciones que ejercen, las cuales pueden derivar según sea el caso en responsabilidad administrativa o responsabilidad penal. (ANONIMO, <http://www2.congreso.gob.pe>, 2018).
- Circunstancia o coyuntura, en que le corresponde actuar al funcionario que va a tomar una decisión respecto a una eficiente conveniente acción administrativa, en la que se resuelve, aconseja o asume una responsabilidad, sobre la base no solamente a la estructura del organismo y a las normas de procedimientos vigentes, sino de manera fundamental a su actitud humana, fruto de sus conocimientos, de su experiencia, de su honradez y de su facultad discrecional que su autoridad moral, la realidad política y social y la ley le franquea, según el caso. (ANONIMO, <http://www2.congreso.gob.pe>, 2018).
- Contexto histórico-social: Mediante este se orienta y determina el ambiente político y social que rodea a la administración y a la coyuntura que se presenta en el momento de resolver (ANONIMO, <http://www2.congreso.gob.pe>, 2018)

2.1.12. La administración pública como bien jurídico genérico

Entendida la Administración pública como toda actividad que realizan los funcionarios y servidores públicos para poner en funcionamiento al Estado y así este pueda cumplir sus fines, nadie puede objetar, en forma razonable, que merece protección del Derecho Punitivo, o en todo caso 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 penal. En consecuencia se busca proteger penalmente el normal o correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la Administración pública, orientada siempre al logro de su fin último, cual es el bien común. La Lesión o puesta en peligro del normal o correcto funcionamiento



de la Administración Pública pone en directo peligro la organización misma del Estado. De esa forma, se constituye en bien o interés jurídico preponderante que corresponde al Estado mismo cautelar y proteger por medio de las normas penales, cuyo centro de atención es el bien jurídico preponderante o relevante que pretende proteger. El normal y correcto funcionamiento de la Administración pública se constituye en el bien jurídico protegido general que se pretende cautelar con cualquiera de las formulas legislativas, que regulan la conductas delictivas señaladas en el Código Penal. No obstante, cada una de las conductas delictivas busca proteger un bien jurídico más específico. (ANONIMO, <http://www2.congreso.gob.pe>, 2018)

2.1.13. El delito de enriquecimiento ilícito

Legislación comparada del delito de enriquecimiento Ilícito de funcionarios

a.- En el derecho penal chileno.

(Hernández Basualto, 2006) A diferencia de lo ocurrido en varios otros países iberoamericanos, en Chile no se había sucumbido aún a la tentación de introducir en la legislación un tipo penal de “enriquecimiento ilícito”, o sea, de tipificar como delito la incapacidad de demostrar satisfactoriamente el origen lícito de una situación patrimonial sospechosa. Todavía a mediados de 2005, a la hora de valorar críticamente el estado de la legislación penal chilena en materia de corrupción, se podía elogiar tal determinación e insistir en “la inconveniencia de introducir un tipo de ‘enriquecimiento ilícito’, apenas compatible con las garantías penales y procesal-penales básicas de un Estado de Derecho y más expresión de demagogia que promesa de efectividad”. Un criterio similar imperó en el seno del Foro Penal, convocado por el Ejecutivo para preparar un Anteproyecto de Nuevo Código Penal, y cuyo texto final presentado en diciembre de 2005 no contiene ninguna figura en ese sentido. Pero la situación ha cambiado y de modo



relativamente imprevisto. A contrapelo de decisiones legislativas recientes sobre el particular (véase, más abajo, III 1), mediante el artículo 12 de la Ley N° 20.088, de 5 de enero de 2006, sobre la obligación de declaración jurada patrimonial de las autoridades públicas, se ha introducido en el Código Penal un nuevo artículo 241 bis, del siguiente tenor: “El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio.

(Hernández Basualto, 2006) Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito./ La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público./ Si el proceso penal se inicia por denuncia o querrela y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo por alguna de las causales establecidas en las letras a) o b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de estos últimos por el delito del artículo 211 de este Código”. Las páginas que siguen tienen por objeto el análisis crítico de la nueva figura, tanto desde un punto de su legitimación en el contexto del sistema de garantías del Derecho penal chileno, como de su posible rendimiento político-criminal. Antes que eso, sin embargo, conviene tener presente el contexto comparado y la suerte que habían corrido iniciativas previas sobre la materia.

2.1.14. El enriquecimiento ilícito como delito penal en el mundo.

(ANONIMO, <https://es.wikipedia.org>, 2018) Algunas legislaciones establecen como delito penal la falta de justificación por un funcionario público del incremento patrimonial ocurrido mientras ejercía un cargo, poniendo en cabeza del funcionario la carga de probar la adquisición por medios lícitos de los bienes que integran dicho incremento.

El delito de enriquecimiento ilícito se incorporó por primera vez en Argentina e India en 1964. A fecha de 2010 más de 40 países lo habían incorporado a sus ordenamientos jurídicos. En Europa, no ha tenido una favorable acogida y apenas se ha introducido esta figura. Existe en Ucrania, introducido en 2011 y en Moldavia desde 2013. En la Unión Europea, Lituania lo incorporó en 2010. En Portugal se llegó a incluir una modificación en el Código Penal en este sentido que quedó frustrada por la declaración de inconstitucionalidad de su Tribunal Constitucional. En España algunos sectores han propuesto su introducción.

Varios países de América Latina sancionan penalmente este delito de enriquecimiento ilícito en aplicación de lo previsto en la Convención interamericana contra la corrupción. Entre ellos se encuentran Argentina, Brasil (ei N° 8.429, de 2 de Junho de 1992), Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Paraguay, Perú y Venezuela y se ha propuesto establecerlo en España

2.1.14.1. Argentina.

(ANONIMO, <https://es.wikipedia.org>, 2018) El artículo 268 inc. 2° del Código Penal de Argentina) establece “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 de un 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 o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguidas obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.”

2.1.14.2. Colombia.

(ANONIMO, <https://es.wikipedia.org>, 2018) El Código penal de Colombia prevé el enriquecimiento ilícito de particulares y el de empleados públicos:

(ANONIMO, <https://es.wikipedia.org>, 2018) El artículo 327 en relación con el Enriquecimiento ilícito de particulares establece: “El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis a diez años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

(ANONIMO, <https://es.wikipedia.org>, 2018) El artículo 412 define el enriquecimiento ilícito de funcionarios: “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 a diez años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis a diez años.”



2.1.14.3. Ecuador

(ANONIMO, <https://es.wikipedia.org>, 2018) El artículo 296 del Código Penal castiga el enriquecimiento ilícito:

(296.1): Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, generado por actos no permitidos por las leyes, y que, en consecuencia, no sea el resultado de ingresos legalmente percibidos.

(296.2): El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de uno a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito.

(296.3): Son aplicables los dos artículos innumerados anteriores a quienes como funcionarios o empleados, manejen fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Del Carpio Delgado, Juana (2015). «El delito de “ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO”»:

2.1.15. El delito de enriquecimiento ilícito y su tratamiento en la doctrina y norma sustantiva la subsidiaridad del delito de enriquecimiento ilícito.

(Dávila García, 2012) La función que cumple la subsidiaridad está relacionada con la necesidad políticocriminal de cubrir espacios o ámbitos desprovistos de regulación y por lo mismo susceptible de impunidad, por deficiencias probatorias o restricciones descriptivo-comprensivas de los tipos penales básicos o principales. Desde esta perspectiva, la subsidiaridad no siempre y necesariamente (lo que de por sí es criticable) va a guardar concordancia con los principios de legalidad y determinación de las conductas, lo que hace que en su formulación se acuda por lo



general a cláusulas abiertas de tipicidad que hacen difícil la labor de interpretación y pueden permitir desbordamientos de criminalización. El delito de enriquecimiento ilícito carecería de la descripción de acción típica, no describe conducta alguna, pues habría surgido para evitar que delitos contra la administración pública que cometían funcionarios o servidores públicos queden en la impunidad por problemas de probanza. Ante la perjudicial impresión social que generaba el absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación, por no poder probar el delito que permitió dicha acumulación, se optó por crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito. Como vemos, la ratio legis (razón político criminal de creación del delito), permite establecer el carácter subsidiario de este supuesto típico. El enriquecimiento ilícito, al tratarse de un tipo penal de peligro abstracto, sería sólo aplicable ante la falta de otro delito contra la administración pública. La doctrina nacional predominante reconoce el carácter subsidiario del delito en análisis, el mismo que operaría para impedir, precisamente, que por falta de pruebas o demostración de los hechos, quede impune una conducta que conlleva como expresión práctica un aumento patrimonial del agente derivado directa o indirectamente del ejercicio de la función y que razonablemente no sea justificado.

(Dávila García, 2012) A juicio de ABANTO VASQUEZ, si se dice que el tipo penal de enriquecimiento ilícito tiene carácter subsidiario (cedería ante otros delitos contra la administración pública) es lógicamente innecesario demostrar en concreto el origen ilícito (punible o no) del enriquecimiento. Decir que solamente sería aplicable cuando se tratase de incrementos patrimoniales provenientes de un “cohecho” o cualquier otro delito contra la administración pública, estaría presuponiendo la no aplicación del “enriquecimiento ilícito” sino de las otras figuras delictivas. Pero además, 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”. En sentido contrario se ha pronunciado GALVEZ VILLEGAS⁸, quien afirma que en nuestra legislación no existe razón alguna para sostener que éste sea un tipo subsidiario, así las interpretaciones en tal sentido se deberían más a que muchos de los autores nacionales habrían asumido opiniones propias de doctrinas extranjeras sin haber constatado las diferencias estructurales con la legislación nacional. De esta manera, a su entender debe admitirse la posibilidad de concurso ideal entre el enriquecimiento ilícito y otros delitos que se estructuran a partir de elementos objetivos como recibir, aceptar, etc., bienes o ventajas patrimoniales, o apropiarse de bienes o derechos. Frente a esta disyuntiva, debería consignarse expresamente en el tipo penal de enriquecimiento ilícito su carácter subsidiario y establecerse una pena necesariamente menor que la de otros delitos, como el cohecho o el peculado, que ya implican la lesión del bien protegido. Mientras tanto y en orden a salvaguardar el *ne bis in idem*, debe seguirse entendiendo que el delito del artículo 401° del Código penal no puede concurrir idealmente con otro delito contra la administración pública, limitándose a ser un medio de evitación de vacíos de punibilidad como función político criminal.

(Hernández Basualto, 2006) ÁNGELES Y FRISANCHO participan de la idea que el enriquecimiento no debe provenir de los delitos comunes, pues en tales casos deberán aplicarse dichas figuras al funcionario o servidor que delinque. GALVEZ VILLEGAS es del criterio que los acrecentamientos patrimoniales que tienen en su base de procedencia actos de ilicitud civil o de otro tipo distinta a la penal no resultan absorbibles por la tipicidad del enriquecimiento ilícito, ya que el Derecho penal y el control penal en su conjunto sólo operan como *ultima ratio*, dada la naturaleza subsidiaria de la reacción penal y el carácter de mínima intervención de la norma penal. También debe descartarse la admisibilidad del enriquecimiento proveniente de actos inmorales.



(Dávila García, 2012) La discutida naturaleza subsidiaria o autónoma de este delito no puede pasarse por alto lo que quizás sea la diferencia más importante que separa este delito del referido a servidores públicos. Y es que, como se recordará, en relación con aquel, la pena prevista debe ser impuesta —siempre que la conducta no constituya otro delito, evidenciando así que el precepto tiene un innegable carácter subsidiario. Sin embargo, en relación con el enriquecimiento ilícito de particulares se omite toda referencia a esta cuestión; es más, a tenor de lo dispuesto en el artículo 327, quien así actúe, incurrirá, —por esa sola conducta, en la sanción allí prevista. De ahí que pueda mantenerse que la alusión acabada de reproducir deja expedita la vía para aplicar las reglas penológicas que rigen el concurso de infracciones. En otras palabras, no se excluye — o al menos no se hace de manera clara — la posibilidad de que quien ha sido autor del delito principal sea considerado también autor del delito de enriquecimiento ilícito. Precisamente, en este punto vendría a separarse del delito de receptación y vendría a explicar, asimismo, su mantenimiento en el texto punitivo toda vez que la citada infracción no ve su ámbito de aplicación circunscrito a la previa comisión de un delito patrimonial. Es decir, el fundamento de la existencia del delito de enriquecimiento ilícito radicaría en la posibilidad de imponer una pena por este título también a quien ha sido autor del delito del que los bienes traen causa; posibilidad ésta que estaría vedada de acudir a la receptación que, como es sabido, excluye del ámbito de posibles sujetos activos a quienes han tomado parte en la ejecución del delito principal. Y, todo ello, a pesar de que, como reconoce la ya referida Sentencia C-127/93 de la Corte Constitucional, este delito es una forma especial de receptación. Esta interpretación a la que, insisto, parece obligar el principio de vigencia contradice, no obstante, las exigencias derivadas del principio *ne bis in idem* pues, y aunque ello entra en el ámbito de lo opinable, puede resultar contrario a la vigencia del último de los principios mencionados el hecho de que se imponga una sanción por cometer el delito del que los bienes



proceden y otra por la mera posesión de éstos; es decir, por el resultado del delito previamente cometido. Esta última etapa o si se quiere, fase de agotamiento, carecía – hasta ahora – de relevancia penal y, así debería seguir siendo de tomarse en consideración que lo que procede, sin el quebranto de principio alguno, es el decomiso de los bienes producto de la actividad delictiva.

2.1.15.1. Bien jurídico protegido del delito de enriquecimiento ilícito.

(García Hanco, 2018) El artículo 401° del Código penal busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídicamente 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 atención de la norma penal, no obstante que el sujeto público se haya enriquecido ilícitamente con dinero del Estado o de procedencia particular y que de su incremento significativo patrimonial como dato material se concluye la existencia objetiva del delito, sino la necesidad de controlar los intereses crematísticos desmedidos del funcionario y servidor público . Si bien es cierto que como categoría genérica se tiene a la administración pública como bien jurídico tutelado, lo que se afecta con la perpetración de las conductas típicas de este delito son la funcionalidad, el prestigio, la dignidad y la confianza de la función pública, y la actuación de los agentes que lo integran. Resulta cuestionable que se trate de proteger la moral pública como afirman algunos autores, pues el concepto “moral” es muy equívoco y sujeto a múltiples y disímiles interpretaciones. Por lo demás, hace ya tiempo atrás que el Derecho penal y la moral pública tienen sus propios espacios de vigencia y control.

2.1.15.2. Tipo objetivo.

(GARCIA CAVERO, 2018) El artículo 401° del Código penal sanciona al 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, lo que ha sido criticado pues no se describe una conducta peligrosa para los bienes antes señalados, sino una simple “situación” o “estado económico”. Como acota SANCINETTI, “enriquecerse” no es un comportamiento, es el resultado de la comparación entre el estado patrimonial en el momento y el estado patrimonial en el momento; esto constituye, naturalmente, “un hecho jurídico” en el sentido del Código Civil, pero no un “hecho” en el sentido del Derecho penal de acto (acción u omisión punible), porque el incremento patrimonial puede producirse sin ninguna conducta. Bajo esa comprensión y al no evidenciarse un contenido del injusto, en términos de lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos, estaríamos frente a una manifestación de “Derecho penal de autor” incompatible con la exigencia constitucional de lesividad que se deduce del artículo 44° de la Carta Magna y se recoge expresamente en el artículo IV del Código penal. IV.1. El funcionario o servidor público como sujeto activo. El autor del delito de enriquecimiento ilícito sólo puede serlo el sujeto público (funcionario y/o servidor) que durante el ejercicio de sus funciones incrementa ilícitamente su patrimonio. No abarca al particular, ni al sujeto público que se enriquece al margen del cargo o función, contexto de acciones este último cubierto por otras figuras delictivas, civiles, administrativas o de irrelevancia penal. Los sujetos públicos para ser merecedores de sanción penal deberán enriquecerse teniendo una función o empleo del que abusan o utilizan violando los deberes institucionales y funcionales que de los mismos se desprenden. La ilicitud de la conducta funcional (“ejercicio de sus funciones”). La delimitación de la expresión “ejercicio de sus funciones” del artículo 401° del Código penal debe efectuarse con un criterio amplio y restringido a la vez, extenso en el sentido de tomar en cuenta aquellas situaciones no previstas en otros tipos penales dado el carácter subsidiario del enriquecimiento ilícito, y restringido en orden a descartar la relevancia penal de aquellas conductas totalmente desvinculadas de la función, es decir cuando el



funcionario actúa como particular. Como precisa RODRIGUEZ PUERTAS, fundamental para la lesión del bien jurídico “no es que el funcionario infrinja la reglamentación sobre atribución de competencias, sino que tenga la posibilidad de facto de llevar a cabo el acto”, por ello concluye que deben considerarse actos realizados en el ejercicio del cargo: 1) aquéllos para los cuales el funcionario es objetiva, territorial y materialmente competente, y 2) los que estando al margen de su competencia para efectuarlos, no son completamente ajenos a la órbita de sus competencias, por lo que de facto pueden llevarlos a cabo, bien porque: 2.1) resultan facilitados por su posición en la administración, o 2.2) su ejecución corresponde al órgano o entidad de la administración donde él presta servicios, siempre que pueda entablarse una relación entre el acto delictivo y las genéricas funciones por él desempeñadas. La expresión “ejercicio de sus funciones” permite que “sean punibles también aquellos casos en los que el funcionario o servidor público actúe excediéndose de las facultades y prerrogativas propias del cargo así como en las situaciones en las que fuera del ejercicio de sus funciones actúe premunido de estas facultades, es decir se vale de su cargo para sus propósitos lucrativos, aun cuando su actuación se desarrolle al margen del ejercicio de la función que le compete”.

(García Hanco, 2018) La infracción del deber vinculado a la función. El enriquecimiento ilícito no puede entenderse como un tipo de derecho penal de autor, la prohibición penal no se erige contra el funcionario o servidor público por el simple hecho de ostentar esa cualidad, sino por su posición de custodia frente a los bienes de la administración pública, por el especial deber derivado de la función su configuración como delito de peligro abstracto trae consigo la necesidad de vincularlo a una exigencia de efectiva peligrosidad ex ante, la cual reposa precisamente en la vinculación típica del enriquecimiento con el ejercicio de la función.



(García Hanco, 2018) Como precisa GALVEZ VILLEGAS, no puede sostenerse que ante el incremento patrimonial del funcionario o servidor público, determinemos la tipicidad sin haber establecido (...) que dicho incremento ha sido ilícito, al haber utilizado el funcionario o servidor su cargo para lucrar indebidamente y a costa de la funcionalidad de la administración pública”. Por lo tanto, en la interpretación del artículo 401° del Código penal no puede excluirse la discusión relativa al enriquecimiento ilícito como delito de infracción de deber, ni su configuración como delito de peligrosidad abstracta o ex ante del comportamiento. El Estado como sujeto pasivo. El sujeto pasivo en el delito de enriquecimiento ilícito es el Estado. Frente a la posición de que el particular es sujeto pasivo secundario si otorga una ventaja privada, ello no debe admitirse porque de comprobarse tal entrega el particular podría ser autor o partícipe de otro delito contra la administración pública (por ejemplo, de cohecho activo), en cuyo caso no podrá recurrirse al tipo subsidiario de enriquecimiento indebido. El incremento patrimonial penalmente relevante. La entidad del incremento patrimonial penalmente relevante ha sido zanjada mediante la regla indiciaria prevista en el tercer párrafo del artículo 401° del Código penal, según la cual es necesario un incremento patrimonial y/o gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración privada de bienes y rentas, éste incremento debe ser “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, lo que permite apreciar la atipicidad de los incrementos mínimos o de poca entidad desde la perspectiva de los ingresos legítimos del funcionario o servidor. Constituye todo incremento patrimonial del sujeto: incremento de activos, bienes y derechos estimables en dinero, o también en la disminución de los pasivos, gravámenes o deudas del sujeto. En ambos casos, es evidente que se produce una mejora en el balance patrimonial. El material probatorio actuado durante el



proceso debe poner en evidencia situaciones de asimetría, desproporciones o sencillamente contrastes notables entre la masa de bienes y valores económicos detentados por el agente público durante o después de su acceso al cargo público en relación a los detentados o tenidos después del ingreso al mismo. En los casos que el incremento patrimonial recién se patentice ulteriormente al término o después del ejercicio de la función o empleo, el enriquecimiento deberá estar en vinculación causal con el período de ejercicio funcional. Se ha discutido si el objeto material²⁶ vinculado al incremento patrimonial debe delimitarse, por deducción, a partir del artículo 401°-A del Código penal, enmarcado dentro de los delitos de corrupción, que ordena el decomiso de todos los “donativos, dádivas o presentes”, y si podrían estimarse como relevantes sólo los incrementos patrimoniales logrados a través de dichos objetos. Tal interpretación no debería prosperar, no sólo por el argumento formal de la temporalidad, en el sentido de que el artículo 401°-A fue incorporado mediante Decreto Ley N° 25489, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 10 de mayo de 1992, es decir, luego de ponerse en vigor el tipo del artículo 401° del Código penal en abril de 1991, sino también porque el enriquecimiento ilícito puede operar, mediante una disminución del pasivo, entonces difícilmente la condonación de una deuda o el no cobro de ésta hasta que prescriba la acción civil, podrán equipararse a “donativos, dádivas o presentes”²⁷. En consecuencia el objeto material debe entenderse en sentido amplio, es decir como todo medio a través del cual pueda lograrse el incremento patrimonial, incluyendo, y como será relevante para efectos de aceptar la sanción del “testaferro”, bienes que no sean de propiedad del funcionario pero sobre los cuales ejerce una relación de poder. El artículo 401° no exige una conexión causal-temporal entre el momento del enriquecimiento y el ejercicio de las funciones, sino un nexo de imputación jurídico-penal, el incremento patrimonial debe ser objetivamente atribuible al ejercicio de la función pública, ya sea como funcionario o servidor. No está comprendido en el tipo el enriquecimiento



anterior aunque se haya motivado en el ulterior desempeño el cargo (por ejemplo, dádivas que se ofrecen al futuro funcionario en atención al cargo que va a desempeñar) . La comisión del delito de enriquecimiento ilícito puede presentarse en ejecución inmediata y sin intervalo de tiempo (v. gr. consumir la compra de un inmueble), así como también en acciones de enriquecimiento similares u homogéneas en diversos momentos, pero vinculadas por la misma resolución criminal. Cuando la ley habla de “no poder justificar razonablemente”, el significado complejo del término alude a la falta de acreditación de la procedencia del enriquecimiento, ya provenga de una negativa, expresa o implícita (no contestar el requerimiento), ya de la imposibilidad de probar esa procedencia (insuficiencia de justificación); por supuesto que dentro del concepto de justificación debe considerarse comprendida la prueba de la inexistencia del enriquecimiento atribuido. Como se ve, la acción está constituida por la de no probar la procedencia del enriquecimiento, o en no hacerlo suficientemente; lo que la ley de ningún modo exige es que se pruebe el origen lícito del incremento; si nos atenemos a la ubicación del delito y al bien jurídico protegido, veremos que lo que se requiere es que se acredite una causa de enriquecimiento extraña al desempeño de la función; si el funcionario o el ex funcionario prueba que el enriquecimiento proviene de la comisión de un delito ajeno a su desempeño funcional, eventualmente podrá ser condenado por éste último, pero no por el enriquecimiento ilícito. Se ha señalado en la doctrina peruana, que lo ilícito en el enriquecimiento estriba en la “no justificación” del incremento patrimonial por parte del funcionario, lo que ha conducido en muchos casos a admitir con cierto pacifismo una verdadera “inversión de la carga de la prueba” o una presunción iuris tantum de comisión de delito. Más allá de la discusión formal acerca de si la redacción del tipo permite fundamentar tal obligación, ya que ésta no viene impuesta por la legislación administrativa ni por la constitución, con ello se institucionalizaría no sólo una violación de la presunción de inocencia o un traslado de la carga de



la prueba al imputado, sino además una grave violación del nemo tenetur. La garantía de no autoincriminación impide concebir que el ilícito penal se realiza cuando el funcionario requerido renuncia a la “obligación de defenderse”, o no la satisface plenamente porque no logra justificar el origen ilícito de su “incremento patrimonial”. Lejos de ello, debe entenderse que la norma penal reprime el enriquecimiento ilícito, dentro de los márgenes de delimitación derivados de la expresión “incremento patrimonial”, y “no el incremento patrimonial no justificado”³², por otra parte existiría dificultad en aceptar la legitimidad de un delito que radicaría en el incumplimiento de un deber administrativo. No es posible justificar una obligación legal de justificación sin infringir el principio de no autoincriminación o nemo tenetur. Aclara al respecto SANCINETTI que la garantía de no estar obligado a declarar contra sí mismo no puede burlarse estableciendo que el contenido del hecho punible omisivo se cifra en “no informar sobre ciertos actos previos del imputado”, precisamente aquellos que se quiere prevenir mediante la amenaza penal. (Rojas Vargas, Delitos de corrupcion de funcionarios , 2007). Son todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad. (Roxin, 2013)

(García Hancco, 2018) El legislador ordinario debe siempre tener en cuenta las directrices contenidas en la Constitución y los valores en ellas consagrados para definir los bienes jurídicos, en razón del carácter limitativo de la tutela penal. Además, el propio contenido liberal del concepto de bien jurídico exige que su protección sea hecha tanto por el Derecho Penal como ante el Derecho Penal. Se encuentran, por tanto, en la norma constitucional, las líneas sustanciales prioritarias para la incriminación o no de conductas. El fundamento primero de la ilicitud material echa, pues, sus raíces en el Texto Magno. Solo así la noción de bien jurídico puede desempeñar una función



verdaderamente restrictiva. El concepto material de bien jurídico implica el reconocimiento de que el legislador eleva a la categoría de bien jurídico lo que ya en la realidad social se muestra como un valor. Esa circunstancia es intrínseca a la norma constitucional, cuya virtud no es otra que la de retratar lo que constituye los fundamentos y los valores de una determinada época. No crea los valores a que se refiere, sino se limita a proclamarlos y darles un especial tratamiento jurídico. (Regis Prado, 2010)

2.1.15.3. *Conducta típica.*

(García Hancco, 2018) El primer país que sancionó penalmente el enriquecimiento ilícito fue Paraguay. Así, el artículo primero del Decreto 448/1940, de 18 de marzo, preveía la imposición de una pena para todo funcionario o empleado público que se enriqueciera directamente o por persona interpuesta por el ejercicio ilegal o deshonesto de su cargo o de la influencia derivada del mismo. Esta iniciativa fue seguida por Argentina que introdujo el art. 268 (2) en el Código penal por medio de la Ley 16.648 (Boletín Oficial de 18 de noviembre de 1964). La redacción actual, procedente de la reforma operada en el texto punitivo mediante la Ley n° 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (Boletín Oficial de 1 de noviembre de 1999), no supone cambio alguno en lo que a la descripción de la conducta típica se refiere respecto de la redacción original. Así, lo que parece merecer un reproche penal es no justificar la procedencia de un incremento patrimonial apreciable tras haber sido debidamente requerido para ello. Es, precisamente, la fórmula empleada o, por mejor decir, la imprecisión de la que adolece, la que ha dado origen a un intenso debate acerca de cuál es el comportamiento tipificado. Al margen de posturas minoritarias que mantienen que se trata de un delito complejo que se compone de dos actos: el de enriquecerse y el de no justificar; o la de quien defiende que la dicción literal del precepto aboca a estimar que estamos ante un delito de comisión por omisión, la mayor parte de los autores que tratan esta



cuestión consideran que lo que se castiga es una única modalidad de conducta: una omisión y, para otros, una acción positiva. Así, un importante sector doctrinal argentino, quizás para soslayar los reparos constitucionales que plantea el precepto, ha mantenido que lo que da lugar a la sanción penal no es un comportamiento activo – el hecho de enriquecerse – sino una omisión: la de no justificar la procedencia del enriquecimiento cuando se ha sido requerido para ello. En este sentido, SOLER, comparando al funcionario con quien es sorprendido in fraganti y equiparándolo después al administrador de bienes de terceros, le atribuye un deber de información cuyo incumplimiento sería merecedor de un reproche penal. Esta postura, llevada hasta sus últimos extremos, obliga a DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO a afirmar, en coherencia con el postulado del que parten, la existencia de delito aún en el supuesto de que el enriquecimiento tenga un origen lícito, pero el funcionario se niegue a justificar este extremo. Un planteamiento radicalmente distinto es el de quienes, como SANCINETTI, parten de entender que la conducta típica consiste en una acción positiva y, en consecuencia, lo que la norma prohíbe es que el funcionario se enriquezca. Son varios los argumentos que se esgrimen a favor de esta posición. Resumidamente podría decirse, en primer lugar, que se parte de que, un entendimiento distinto conduciría a afirmar que bastaría para eludir las consecuencias penales con que el funcionario informara sobre el previo acto cometido, con independencia de la veracidad y del contenido de los datos aportados. Sin embargo, en opinión del citado autor, la imposición de la pena prevista depende del cumplimiento veraz de ese deber de información; por lo que la justificación requerida vendrá a demostrar la inocencia respecto de un delito cuya comisión la ley presume. En segundo lugar, debe tomarse en consideración que, de tratarse de un delito omisivo, estaríamos ante un delito formal que, en su opinión, tiene un mejor encaje en otros tipos de incumplimiento⁷³. Por último, no puede desconocerse que configurar este delito como una omisión conduciría al absurdo de castigar por



enriquecimiento ilícito al funcionario público que no justifica su incremento patrimonial incluso en aquellos supuestos en los que sea un tercero el que aporte las pruebas de la licitud del mismo; ya que, en ese caso, no ha resultado afectado el bien jurídico que dice protegerse y, la pena que correspondería es la prevista para el delito de desobediencia. Estos reparos le llevan a concluir que no se trata de un delito de omisión, sino que presume uno comisivo por lo que estamos ante lo que denomina —un tipo penal en parejal de cada uno de los delitos que pueden ser cometidos por funcionario y que conlleven un enriquecimiento. Y, de este modo, se encontraría asimismo una explicación satisfactoria para la sanción de la persona interpuesta, cuyo castigo sería imposible de concebirse el injusto como un mero incumplimiento del deber de información que únicamente le corresponde al funcionario. Los interrogantes que hasta aquí han sido brevemente expuestos también se han visto reflejadas en una jurisprudencia vacilante y carente de unanimidad; si bien la Cámara Nacional de Casación Penal ha mantenido, siguiendo la tesis que fuera expuesta por FONTÁN BALESTRA, que el ilícito consiste en enriquecerse y la falta de justificación posterior es una condición objetiva de punibilidad . Como se ve, no se trata de una cuestión fácil de dilucidar y, sin embargo, de ella derivan importantes consecuencias en aras de la interpretación y aplicación de tan controvertido precepto. Ello obliga a efectuar algunas consideraciones. Así, según entiendo no debe considerarse la falta de justificación del origen del patrimonio como una condición objetiva de punibilidad. Bien es verdad que en modo alguno estamos ante una categoría pacífica más, aceptando la definición propuesta por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, si por tal deben entenderse —los hechos futuros e inciertos (condiciones), independientes de la voluntad del autor (objetivas), que determinan la punición o la mayor o menor punición de la conductal se hace preciso concluir entonces que, en este caso concreto, la ausencia de justificación no es ajena al sujeto pues de él depende – y sólo de él, tal y como ha sido configurado el tipo – el que justifique



o no el enriquecimiento patrimonial advertido. Pero, con independencia de la discrepancia acerca de esta pretendida naturaleza jurídica y por cuanto aquí interesa, sí creo que estamos ante un comportamiento activo y, en mi opinión, además de cuanto ha quedado expuesto, avalan este entendimiento las siguientes razones. En primer lugar, la propia denominación de la figura parece indicar que la conducta a reprimir sea precisamente esa, la de enriquecerse; pero, al margen de aspectos formales, no hay duda de que la determinación de la conducta punible ha de venir condicionada por el bien jurídico que se estime vulnerado. De este modo, y partiendo de que, al menos mediatamente se pretende proteger el buen funcionamiento de la Administración Pública, dicho interés se resiente necesariamente cuando el servidor público hace un uso abyecto de la misma para obtener un beneficio indebido; ahora bien, no es menos cierto que también se verá afectada cuando el sujeto incumple los deberes inherentes a su condición si bien, este mero incumplimiento no justifica el recurso a la intervención del Derecho penal. No quiere ello decir que no merezca un reproche sino que, según entiendo, encuentra una solución más adecuada – y, desde luego, más respetuosa con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad – en las sanciones disciplinarias. Incidiendo en esta línea argumentativa si, como digo, la falta de respuesta al requerimiento no puede dar lugar a una respuesta penal tan severa como la prevista en el artículo 268 (2) del Código penal argentino – prisión de dos a seis años, multa del cincuenta al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua – conviene reparar en que la pena pecuniaria se determina en proporción a la cuantía del incremento patrimonial indebido, como si se tratara del —resultado‖ del delito, lo que carecería de toda lógica de concebirse como delito omisivo. Pero es que, además, repárese en que la imposición de la pena prevista depende de que el enriquecimiento sea —apreciable‖ o no. Dejando a un lado la incidencia que el uso de estos términos normativos pendientes de valoración tienen en el principio de



legalidad por la indeterminación que suponen y por permitir que sea el juez, y no el legislador, quien delimite el ámbito de lo punible, lo cierto es que si el injusto se concreta en la falta de justificación, no resulta fácil de admitir tal condicionamiento. Finalmente, y ya en sede concursal, hay que decir que, de admitir que la conducta típica consiste en la omisión del deber de justificar la procedencia del incremento patrimonial, la inobservancia de esta obligación deviene compatible con la existencia de otros delitos susceptibles de ser cometidos por el funcionario público; de este modo, nada impediría la apreciación de un concurso de delitos entre éste y aquel otro del que pudiera proceder el enriquecimiento apreciado. En cambio, si consideramos que el núcleo de la conducta es el enriquecimiento la solución, esta vez, ha de venir propiciada por las reglas que solucionan el concurso aparente de normas. Bien es verdad que el legislador penal argentino, a diferencia de otros⁸³, no se decanta expresamente por ninguna de estas opciones pero, por cuanto luego se dirá, la vigencia del principio *ne bis in idem* hace preferible la segunda de las alternativas enunciadas. Tal vez las dudas exegéticas de las que ha quedado constancia han provocado que quienes con posterioridad al legislador argentino han incluido esta conducta en el catálogo de comportamientos penalmente relevantes, hayan tratado de precisar con mayor rigor la conducta incriminada. Así, por ejemplo, el legislador mexicano es tajante al disponer en el artículo 224 del Código Penal de la Federación que se sanciona penalmente a quien haya incurrido en enriquecimiento ilícito; para a continuación afirmar que existe enriquecimiento ilícito cuando no pueda acreditarse el legítimo aumento patrimonial o la legítima procedencia de los bienes en cuestión⁸⁴. Parece, por tanto, que lo que se castiga no es una omisión; sino un comportamiento activo: el obtener un incremento patrimonial ilícitamente. No obstante, pese a que, como digo, la redacción dada apunta en esa dirección, tampoco se ha evitado una intensa discusión doctrinal en la que no faltan partidarios de concebir el tipo como omisivo⁸⁵ e, incluso, como delito complejo.



En parecidos términos se pronuncia el legislador colombiano, destacando el carácter de delito de acción, al establecer en el artículo 412 del Código penal que el injusto radica en la obtención, para sí o para otro, de un incremento patrimonial injustificado. Y, lejos de tratarse de un caso aislado, se ha seguido idéntico criterio en Costa Rica, El Salvador, Venezuela, Ecuador, Chile o Perú e, incluso en países que tienen proyectadas reformas legislativas en este ámbito como es el caso de Honduras o Bolivia.

2.1.16. Delitos contra la administración pública.

(ANONIMO, <http://www2.congreso.gob.pe>, 2018) El poder público es encargado, sea mediante elección, selección, designación o nombramiento, a determinadas personas con el objeto de dar cumplimiento a los fines públicos que se establecen en el marco de nuestro Estado social y democrático de derecho. La corrupción se produce cuando el ejercicio de este poder público es desviado de tales fines públicos y es utilizado para satisfacer intereses privados. De esta manera, la corrupción desnaturaliza los fines de nuestro modelo de Estado, toda vez que obstaculiza que la administración pública cumpla con sus funciones orientadas al bienestar general y a posibilitar el desarrollo igualitario de los ciudadanos. En esta línea, la corrupción es un problema grave de cualquier sociedad y su mayor reproche recae en la vulneración de derechos fundamentales que aquella genera, especialmente para las personas con menos capacidad económica.

(ANONIMO, <http://www2.congreso.gob.pe>, 2018) A finales del año 2000 se gestó el sistema penal especializado en delitos de corrupción de funcionarios en el Perú, con la finalidad de enfrentar la impunidad de los casos de alta corrupción que reflejaban, muchas veces, el carácter sistemático y generalizado de este fenómeno en la sociedad peruana. Este sistema –siempre perfectible- demostró por mucho tiempo capacidad valiosa para investigar, procesar y sancionar casos graves de corrupción de funcionarios públicos descubiertos al final de los años 90. No



obstante, desde hace unos pocos años este panorama esperanzador ha venido cambiando. Así, actualmente el sistema anticorrupción atraviesa nuevamente una cierta situación de ineficiencia para enfrentar la grave corrupción de los últimos tres gobiernos democráticos y de los gobiernos regionales y locales.

2.1.17. Delitos contra la administración pública prevista en el código penal peruano.

(CODIGO PENAL, 2019) Artículo 361°: Usurpación de función o autoridad.

En el artículo 361° indica que “El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36°, incisos 1 y 2.

(CODIGO PENAL, 2019) Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años”. (Yanac, 2017)

(CODIGO PENAL, 2019) Artículo 362°: Usurpación de Título y Honores.

En el artículo 362° indica que sanciona el delito de ostentación de distintivos de función o cargos, señalando lo siguiente:

(CODIGO PENAL, 2019) “El que, públicamente, ostenta insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce o se arroga grado académico, título profesional u honores que no le



corresponden, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de diez a veinte jornadas”.

(CODIGO PENAL, 2019) El deliro de ostentación de distintivos de función o cargo está referido a la situación en la que una persona utiliza emblemas, insignias u otros distintivos que son indicativos de un cargo o función pública, sin contar con el título o nombramiento correspondiente. Como puede ser el caso de quien utiliza un uniforme policial sin ser policía. (Yanac, 2017)

(CODIGO PENAL, 2019) Artículo 363°: Ejercicio Ilegal de Profesión.

(CODIGO PENAL, 2019) En el artículo 363° indica que el que ejerce profesión sin requerir a los requisitos legales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor a 2 ni mayor a 4 años.

(CODIGO PENAL, 2019) Asimismo, el que ejerce profesión con falso título, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor a 4 ni mayor a 6 años de pena, la pena será no menor de 4 años ni mayor a 8 años, si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o presentando servicios al estado bajo cualquier modalidad contractual. (Yanac, 2017)

(CODIGO PENAL, 2019) Artículo 364°: amparo Indebido en el ejercicio ilegal de la profesión.

(CODIGO PENAL, 2019) El profesional que ampara con su firma el trabajo de quien no tiene título para ejercerlo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de 4 años e inhabilitación de uno o tres años conforme al artículo 36°, incisos 1 y 2. (Yanac, 2017)

Artículo 365°: Atentado contra la autoridad o funcionario.



(CODIGO PENAL, 2019) Según el artículo 365° indica que, el que, sin alzamiento público, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad o aun funcionario o servidor público ejercer sus funciones o lo obliga a participar a un determinado acto de sus funciones o le estorba en el ejercicio de estas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de 2 años. (Yanac, 2017)

(CODIGO PENAL, 2019) Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.

Indica que, el que emplea intimidación o violencia contra un funcionario público o contra la persona que le presenta asistencia en virtud de un deber legal o ante un requerimiento de aquel, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años o con prestación de servicio comunitario de ochenta a ciento cuarenta jornadas. (Yanac, 2017)

(CODIGO PENAL, 2019) Artículo 367°: Formas agravadas.

En los casos de los artículos 365 y 366 la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años cuando:

El hecho se comete a mano armada.

El hecho se realiza por dos o más personas.

El autor es funcionario o servidor público.

El autor ocasiona una lesión grave que haya podido prever.

Si el agraviado muere y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de quince años. (Yanac, 2017)

(CODIGO PENAL, 2019) Artículo 369°: Resistencia o desobediencia a la autoridad.



El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años.

Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de la libertad será no menor de seis meses ni mayor de cuatro años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas. (Yanac, 2017)

(CODIGO PENAL, 2019) Artículo 370°: Atentado contra la conservación e identidad de objeto.

El que destruye o arranca envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas. (Yanac, 2017)

Artículo 371°: Negativa a colaborar con la administración de justicia.

El testigo, perito, traductor o intérprete que, siendo legalmente requerido, se abstiene de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

El perito, traductor o intérprete será sancionado, además, con inhabilitación de seis meses a dos años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4. (Yanac, 2017)

Artículo 372°: Atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso.



El que sustrae, oculta, cambia, destruye o inutiliza objetos, registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso, confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si la destrucción o inutilización es por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de un año o prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas. (Yanac, 2017)

Artículo 375°: Perturbación del orden en el lugar donde la autoridad ejerce su función.

El que causa desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las Cámaras Legislativas, de las Asambleas Regionales, de los Consejos Municipales o de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones o el que entra armado en dichos lugares, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas. (Yanac, 2017).

2.1.17.1. *Enriquecimiento ilícito.*

(ANONIMO, <http://www.saij.gob.ar>, 2019) Con la tipificación del hecho punible etiquetado como "enriquecimiento ilícito" se trata de criminalizar un comportamiento social y políticamente pertinente por cuanto permite, conminar penalmente a los sujetos públicos a que conduzcan sus actos y los efectos de estos de conformidad a lo dispuesto imperativamente por el artículo 390 de la Constitución Política del Estado con el sentido que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. No siendo los cargos o empleos públicos una fuente de enriquecimiento económico y de lucro. Los funcionarios y servidores públicos se deben a la Nación y de modo alguno a los apetitos y avaricia crematísticos de sus impulsos. Es intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva que se use el cargo o la función pública para



acumular o hacer ilícitamente riqueza. Considero que el Derecho penal en el marco de su finalidad de prevención general debe cumplir. Un papel decisivo en la lucha contra la corrupción. Se debe sancionar penalmente, a aquellos sujetos públicos que abusando de su cargo incrementan su patrimonio de manera ilegal.

(ANONIMO, <http://www.saij.gob.ar>, 2019) El Código Penal peruano, en su artículo 401° explica que “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 años ni mayor de diez años”. El enriquecimiento ilícito admite dos perfiles, uno civil y otro penal. El enriquecimiento ilícito civil también es llamado como enriquecimiento indebido, sin causa o injusto; y sucede cuando un patrimonio se ve incrementado en desmedro de otro y sin causa que sea por ley suficiente de adquisición y en segundo caso se reprime con sanción penal al funcionario público no justifica el incremento de su patrimonio. (Rodríguez, 1998).

(GARCIA CAVERO, 2018) Según lo estipulado en el Código Penal Peruano en su Artículo 401° establece que el Enriquecimiento ilícito se configura y se sanciona cuando: “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. Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, está será 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.

(Dávila García, 2012) El delito de enriquecimiento ilícito refiere a un delito de peligro abstracto, que se aplica cuando no se encuentra otro delito que atente la administración pública. La doctrina jurídica que predomina en este tipo de delito lo que se reconoce en su análisis tener un carácter subsidiario, que lo busca es que ante falta de pruebas o inconsistencia de los mismos, se pueda evitar la sanción correspondiente evitando la impunidad del funcionario o servidor público, ante un evidente incremento ilegal de su patrimonio como consecuencia del aprovechamiento del ejercicio de sus funciones estatales. Se necesita la consignación expresa en el tipo penal del delito analizado en el enriquecimiento ilícito si le corresponde la subsidiaridad y su penalidad en comparación con el delito de cohecho o peculado. (Pérez López, 2012)

2.1.18. Tipo penal del delito de enriquecimiento ilícito.

(ALTAMIRANO, 2018) La tipificación del hecho punible “Enriquecimiento Ilícito” trata de criminalizar un comportamiento social y políticamente dañino para la sociedad. Permite conminar penalmente a los sujetos públicos a que conduzcan sus actos funcionales de conformidad a lo dispuesto imperativamente por el artículo 39 de la Constitución Política del Estado, en el sentido que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. Los cargos o empleos públicos no son ni pueden ser una fuente de enriquecimiento económico y de lucro. Los funcionarios y servidores públicos se deben a la Nación y de modo alguno a sus intereses. Debe quedarse establecido que a diferencia del resto de delitos contra la Administración Pública, el delito de Enriquecimiento Ilícito no sanciona la infracción de un deber propio



especifico de la función pública que ejerce la persona mediante una acción concreta como ocurre en los otros delitos.

(ALTAMIRANO, 2018) El delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 401 del Código Penal de 1991, en la legislación nacional, tiene su antecedente más inmediato en el artículo 361-A, introducido en el Código Penal de 1924 por decreto legislativo 121-1981. No obstante el texto original del artículo 401 del Código Penal del 91 ha sido objeto de múltiples modificaciones legislativas. La primera que se limitó a incorporar un segundo párrafo del texto original, se realizó por la ley Nro. 27482, del 15 de junio del 2001. La segunda modificación que cambio toda la estructura típica del hecho punible, se realizó por el artículo 1 de ley Nro. 28355 del 6 de octubre del 2004; y por tercera vez el contenido del tipo penal 401 fue modificado por la episódica y polémica de la ley Nro. 29703 del 10 de junio del 2011 la misma que fue derogada en parte por la ley Nro. 29758 del 21 de julio de 2011, Uno de los cambios fundamentales que se ha producido es que se deja de lado el criterio excesivo de considerarlo una conducta de no justificación del incremento patrimonial, pues esta postura genera la idea absurda que se transfiere la carga de la prueba al imputado a favor del Ministerio Público.

(ALTAMIRANO, 2018) El otro cambio radica en que la frase “durante el ejercicio de sus funciones” ha sido dejada de lado por la frase decisiva “abusando de su cargo” estos aspectos de la nueva fórmula legislativa hacen que el contenido del delito de enriquecimiento ilícito sea totalmente diferente desde el 22 de julio del 2011 fecha en que entró en vigencia la ley 29758. Finalmente luego de la modificación introducida por la ley Nro 30111 del 26 de noviembre del 2013 nuevamente ha sido objeto de modificación por el decreto legislativo 1243 de octubre de 2016 quedando la formula legislativa del tipo penal 401 como se detalla en el Código Penal actual. (Ramiro Salinas Siccha, Delitos Contra la Administración Pública.



2.1.19. Elementos configurativos del delito de enriquecimiento ilícito:

(ALTAMIRANO, 2018) Constituyen elementos configurativos del delito de enriquecimiento ilícito los siguientes:

Incremento en el patrimonio del encausado que no se encuentre justificado lícitamente. Exista un contraste ostensible entre el patrimonio económico ex ante y el patrimonio económico ex post del sujeto público, es decir que el contraste sea excesivo o también se puede decir, “notoriamente superior”. No se cumpla el deber de justificación por parte del agente del delito. Exista una relación funcional del enriquecimiento con el cargo.

El agente actué dolosamente. (José Antonio Caro John, Suma Penal).

2.1.20. Naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito

(ALTAMIRANO, 2018) El enriquecimiento por sí mismo no constituye una acción irreprochable, no es ilícito sino que la ilicitud radica en no justificar dicho enriquecimiento esta situación no cambia por el hecho de que el tipo penal no exija expresamente al funcionario demostrar la ilicitud del origen de los bienes que generan el incremento del patrimonio, pues, su naturaleza reside precisamente en la necesidad de demostrar que el incremento del patrimonio es legítimo. En ese sentido luego de probado el enriquecimiento inexplicable por las investigaciones de la autoridad el acusado tiene que demostrar que el enriquecimiento provenía de fuentes lícitas ; recién entonces podrá hablarse de un injusto penales por ello que para la determinación de la ilicitud del enriquecimiento se produce una inversión de la carga de la prueba que la referida inversión de la carga de la prueba no se opone ni contradice al mandato constitucional toda vez que el desbalance producido se genera por la propia actuación del funcionario, consecuentemente



al ostentar tal calidad tiene el deber de rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos.(JOSE ANTONIO CARO JOHN, SUMMA PENAL, PAG.738)

Particulares.

(ALTAMIRANO, 2018) Los particulares no pueden ejercer función pública en forma permanente porque tal hecho sería un verdadero contrasentido; el particular que ejerce en forma permanente la función pública deja de serlo para convertirse en servidor público y no puede ostentar ambas condiciones simultáneamente” (Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, 2012)

El fundamento de la responsabilidad del particular es material y la aplicación del régimen disciplinario objetiva, ya que ni una ni otra atienden al estado o condición de quien actúa sino a la función pública que la ha sido encomendada y al interés, también público, que a ella es inherente” (Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, 2012) Es autor quien cometa la falta disciplinaria o determine a otro a cometerla, aun cuando los efectos de la conducta se produzcan después de la dejación del cargo o función. (Yanac, 2017).

Relación funcional.

(ALTAMIRANO, 2018) Según (Martins Vila, 2000) La relación funcional es el vínculo jurídico especial que une al individuo en cuanto funcionario, con la entidad estatal. La naturaleza de la relación funcional es de carácter estatutario, de origen constitucional, legal o reglamentario, creado por el Estado unilateralmente, el que puede modificar en cualquier momento.



a. *Relación pública.*

(ALTAMIRANO, 2018) Según (Cutlip, Center, & Broom, 2001) una función directiva que establece y mantiene relaciones mutuamente satisfactorias entre una organización y sus públicos de las que depende su éxito o fracaso”. Esa definición implica tres aportaciones novedosas:

(ALTAMIRANO, 2018) Función directiva o gerencial, ya que se entiende a las relaciones públicas como una actividad que implica al conjunto de la organización y que únicamente desde el ámbito directivo se posee la comprensión y más importante, la capacidad de planificar actividades que impliquen al conjunto organizativo.

La retroalimentación en las actividades realizadas, al equiparar el beneficio del emisor (organización) con el del receptor (público) en su doble vertiente de ser, al mismo tiempo, cada uno de los dos tanto emisor como receptor. No sólo se busca el beneficio de la organización, sino que también los públicos deben ser recompensados en su interacción con la organización. A su vez, implica de manera subyacente, el concepto de responsabilidad social.

La ética como requisito en la actividad de relaciones públicas, debido a que se basa en la comprensión y entendimiento, en lugar de la confusión y la unilateralidad.

(CODIGO PENAL, 2019) Artículo 401: Enriquecimiento ilícito.

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: inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2,8 del artículo 36;y,con treientos sesenta y cinco a setecientos treinta días – multa.



Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos y empresas del estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del artículo 36; 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 ilícita. (Caro John, 2017)

b. Principio de subsidiariedad.

(ALTAMIRANO, 2018) El principio de subsidiariedad, en su definición más amplia, dispone que un asunto debe ser resuelto por la autoridad (normativa, política o económica) más próxima al objeto del problema. El "principio de subsidiariedad" es uno de los principios sobre los que se sustenta la Unión Europea, según quedó establecido por el Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero de 1992 y después conocido como Tratado de la Unión Europea. Su actual formulación quedó plasmada en el Artículo 5 (2), modificada por el Tratado de Lisboa desde el 1 de diciembre de 2009. Un análisis descriptivo de este principio puede encontrarse en el Protocolo No. 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad,

Este principio tiene sus raíces teóricas en la doctrina social de la Iglesia católica, pero en su aplicación se ha independizado en gran parte de ella y es empleada en el Derecho para justificar la abstención de regulación.(WWW. WIKIPEDIA)



El principio de subsidiariedad, en Derecho, es un principio jurídico que puede plantearse en situaciones jurídicas en las que se dan dos alternativas, de manera que a una de ellas sólo se podrá acudir en defecto de la otra.

Se contraponen al principio de solidaridad, en virtud del cual no se establece un orden de prelación de alternativas, sino que se deja a disposición de un determinado actuante.

El principio de subsidiariedad se manifiesta en campos tan dispares como el Derecho civil, el penal o el constitucional. (WWW. WIKIPEDIA)

c. Concurso de delitos.

(ALTAMIRANO, 2018) El concurso de delitos es una aplicación especial de las penas que dicta el juez por la comisión de determinados delitos. Se pueden acumular las penas o castigar por separado, dependerá principalmente del tipo de delito cometido. Durante el proceso de comisión de un delito se pueden dar diferentes circunstancias en el que se comentan varios delitos. Algunos van incluidos dentro del mismo acto, por ejemplo, el homicidio incluye las lesiones, y por lo tanto, al responsable no se le castigará por lesiones sino por homicidio. Otros delitos son un medio para cometer otro, y otras veces se consuman varios delitos de diferente naturaleza

d. Concurso ideal.

(ALTAMIRANO, 2018) Concurso ideal se da cuando un hecho sólo comprende 2 o más delitos. En este caso, únicamente se castigará con el delito más grave en su mitad superior, sin que pueda exceder de la suma de las penas por separado. Si se supera este límite se aplicará cada infracción penal por separado.

A su vez el concurso ideal se puede subdividir en:



Concurso ideal homogéneo: el hecho atenta varias veces contra bienes jurídicos de la misma naturaleza.

Concurso ideal heterogéneo: el hecho atenta varias veces contra diferentes bienes jurídicos.

e. Concurso real.

(ALTAMIRANO, 2018) El concurso real se aplica en el caso de que, durante la comisión de un delito se realicen varios actos de carácter ilegal, los cuales deben tratarse de diferentes tipos penales (recogidos en distintos títulos del código penal).

En este caso, el juez determinará que se acumulen las penas, siempre que fuera posible por la naturaleza de los mismos.

(ALTAMIRANO, 2018) Cada uno de estos delitos se considera como un tipo penal con su propia pena. A la hora del juicio se unifican formando una única pena que comprende todos los tipos penales. (Dudas legislativas.com)

f. Concurso aparente.

(ALTAMIRANO, 2018) El concurso aparente de leyes penales, se presenta cuando: a.- se realizó una única conducta voluntaria; b.- al parecer, esta única conducta social, se adecua al tipo penal de varias leyes penales que tipifican otros tantos delitos; c.- pero, esta conducta sólo se adecua a un tipo penal, quedando desplazadas las demás leyes penales; y d.- esta apariencia de concurrencia de varios tipos penales, se excluye con los criterios de especialidad, consunción, subsidiaridad y alternatividad.

(ALTAMIRANO, 2018) El concurso aparente de leyes penales, consiste en que una conducta que al parecer se adecua a varios tipos penales, en realidad, sólo se adecua a un tipo



penal, quedando desplazada las demás leyes penales en su aplicación; esta exclusión de aplicación de leyes penales aparentemente concurrentes, se realiza, aplicando los criterios de especialidad, consunción, subsidiaridad y alternatividad.

(ALTAMIRANO, 2018) En la doctrina, el concepto de concurso aparente de leyes penales, ha sido desarrollado en forma clara, es así, por ejemplo Bacigaluposeñala que el concurso aparente de leyes penales se presenta cuando el contenido ilícito de un hecho punible ya está comprendida en otro , y por ello, sólo se cometió una única lesión de la ley penal; en un sentido similar, Jakobs expresa, precisando que varias leyes penales concurren en la determinación de un injusto, pero, una de esas formulaciones de delito agota la determinación del delito; y por su parte Bustos Ramírez indica que el concurso aparente de leyes penales, se da cuando un hecho aparece contenido en varios tipos penales, pero su contenido es determinado completamente, sólo por uno de ellos. (monografías. com. Walberto Rodriguez Champi)

g. Postura personal.

El delito de enriquecimiento ilícito conforme los fundamentos doctrinarios y antecedentes es autónomo, y el principal argumento está vinculado con la determinación del bien jurídico protegido con este delito tal como se precisó, en los delitos contra la Administración Pública de naturaleza supraindividual-, es preciso concretizar que el bien jurídico es el correcto funcionamiento de la administración pública, y el específico es la afectación al patrimonio del Estado, ya que la conducta del sujeto activo del delito incrementa su patrimonio en forma ilícita afectando el correcto funcionamiento de la Administración pública y por ende el patrimonio del Estado. La doctrina y diversos críticos del delito en cuestión han precisado que dicho delito únicamente puede ser imputado siempre y cuando no se haya acreditado otro delito contra la administración pública como peculado, cohecho y otros, resaltando que el delito de



Enriquecimiento Ilícito es SUBSIDIARIO puesto que solo se aplica en el caso de que no se acredite delito alguno por el incremento de su patrimonio, sin embargo esta posición es vaga y ambigua puesto que en muchos otros delitos como por ejemplo el delito Peculado conforme la norma sustantiva lo precisa es sancionado cuando el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma para si o para otro caudales o efectos cuya percepción o administración le estén confiados, tomando en consideración dicha sanción se observa que la conducta ilícita conlleva a un incremento del patrimonio del funcionario público, en tal sentido correspondería también imputarle el delito de Enriquecimiento Ilícito, por lo que no podríamos indicar que dicho delito es subsidiario, asimismo existe la posición de que si se sancionara cualquier otro delito contra la administración pública y por el delito de enriquecimiento ilícito se estaría en un concurso ideal de delitos o aparente puesto que sería la misma conducta delictiva o en todo caso afectación a un mismo bien jurídico, dicha posición considero que también es equivocada puesto que no existiría concurso de delitos de ninguna forma ya que el cometer un acto ilícito es una conducta y el enriquecerse con dicho acto ilícito es otra conducta; por lo que considero que el DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO ES AUTONOMO.



III. RESULTADOS Y ANALISIS DE LOS HALLAZGOS

3.1. Resultado del estudio

En este extremo, debo señalar que con la investigación realizada llego a los siguientes resultados:

Se cumplió el objetivo general:

- *Determinar la falta de claridad del bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito, que provoca la impunidad y deficiente interpretación del Juzgador al emitir resoluciones judiciales.*

Al revisar los expedientes que contienen sentencias condenatorias por delitos contra la Administración Pública emitidas por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Cusco, especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios, se ha podido advertir que el incremento del patrimonio del servidor público no es materia de investigación, mucho menos sancionado por el Organo Jurisdiccional, en razón a que por ejemplo se analizó los expedientes

- *Número de expediente: 4023-2016.*

Juzgado: Corte Superior de Justicia de Cusco.

Imputado: Fabio Herrera Segovia y otros.

Agraviado: El Estado peruano – Municipalidad de Quellouno.

Delito: Peculado doloso.

Se advierte que se sentenció por Peculado Doloso, sin embargo, no se pronunció sobre el incremento patrimonial del sentenciado, en razón a que no fue materia de acusación, sin embargo



conforme los hechos materia de investigación el sentenciado en su condición de Funcionario Público ocupando el cargo de Jefe de Personal de la municipalidad agraviada habría creado diversos contratos laborales en favor de terceras personas que físicamente no realizaban labor alguna en dicha entidad, generando así una remuneración mensual favor de estos inexistentes trabajadores, para luego ser cobrado mensualmente por el sentenciado servidor público, ingresos que le generaron el incremento de su patrimonio, sin embargo únicamente se investigó el delito de peculado doloso, y no se pronunciaron sobre los ingresos extraordinario que percibía éste funcionario.

- *Número de expediente: 3601-2016.*

Juzgado: Corte Superior de Justicia de Cusco.

Imputado: Juan Benigno Tintaya y otros.

Agraviado: El Estado peruano.

Delito: Peculado Doloroso Agravado.

Se advierte que se sentenció por Peculado Doloso, sin embargo, no se pronunció sobre el incremento de su patrimonio al ejecutar actos ilícitos en su labor como funcionario público, en razón de dicho funcionario sentenciado conforme los fundamentos de su conducta ilícita desplego montos dinerarios que se encontraban a su cargo en razón a que era el Administrador y tesorero de la Municipalidad de Quellouno puesto que maneja las claves del Sistema de Administración de Transmisiones Masivas del Banco de la Nación, sin embargo únicamente se le sentencio por Peculado Doloso Agravado y no advirtieron el incremento de su patrimonio.



Conforme las sentencias descritas y las demás señaladas como anexos se puede advertir que el Juzgador así como el ente acusador que es el Ministerio Público han omitido sentenciar así como acusar a los funcionarios públicos por las conductas ilícitas desplegadas incrementando su patrimonio en forma exorbitante, por cuanto no se tiene establecida de manera clara el bien jurídico protegido por el delito materia de tesis, en razón a que el bien jurídico protegido casi en todos los delitos es el erario nacional y la afectación constituye delito, en el delito de Enriquecimiento Ilícito se afecta el normal funcionamiento de la Administración Pública, así como también el erario nacional.

Por otro lado vemos la otra cara del delito de Enriquecimiento Ilícito con la siguiente sentencia:

- *Número de expediente: 6267-2018.*

Juzgado: Corte Superior de Justicia de Cusco.

Imputado: Huillcahuaman Ccalla Marco Antonio.

Agraviado: El Estado peruano.

Delito: Concusión.

Se advierte que se sentenció por Concusión, sin embargo, no se pronunció sobre el incremento de su patrimonio al ejecutar actos ilícitos en su labor como funcionario público, puesto que el sentenciado en su condición de Jefe de Pabellón de Máxima Seguridad del Centro Penitenciario de Qencoro del Cusco ofreció a un interno sentenciado por delito grave, apoyarlo con diversas autoridades del centro penitenciario para que este no sea trasladado a otro centro penitenciario de máxima seguridad lo cual le alejaría de su familia, solicitando para dicho apoyo



la suma de S/. 3000.00 soles, acuerdo que se concretó con la entrega de dicho monto donde fue intervenido.

Conforme dicha sentencia, la conducta desplegada por el sentenciado si bien es Concusión debemos observar que es evidente que no solo habría cometido el delito materia de sentencia sino que también el delito de Enriquecimiento Ilícito puesto que habría incrementado su patrimonio al recibir dicho monto y no solo de dicho interno posible incluso se puede inferir que este funcionario público se dedicaba permanentemente a dicha conducta ilícita.

- *Respecto a los Objetivos específicos.*

Estos también fueron cumplidos de la siguiente manera.

- Establecer las razones que evidencian la falta de claridad en el Bien Jurídico protegido del delito de Enriquecimiento Ilícito.

Con las sentencias emitidas, así como las entrevistas realizadas a los magistrados de la Corte Superior de Justicia, se ha establecido que las razones que evidencian la claridad en el Bien Jurídico protegido del delito de Enriquecimiento Ilícito es la similitud con los demás delitos contra la Administración Pública, y el Magistrado Miguel Ángel Castelo Andia resalto incluso que se tiene un parecido con el delito de Peculado, y por otro lado el Magistrado Guido Castillo Lira señaló que este delito es similar al delito de Lavado de Activos, por ende existiendo inexactitud en la definición exacta del bien jurídico protegido del delito materia de tesis respecto a que si es el normal control de la Administración Pública o se afecta el erario nacional, dicho delito es poco, casi nada investigado por el Ministerio Público.



- Identificar las evidencias jurisprudenciales que muestran la omisión en la tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito.

En este extremo se ha advertido la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Exp. Nro. 3509-2009-PHC/TC en el cual se ha resuelto declarar FUNDADA EN PARTE la demanda de Habeas Corpus por parte de WALTER GASPAS CHACON MALAGA, por haberse acreditado la vulneración del derecho al plazo razonable y DISPONE que la sala penal EXCLUYA a Walter Chacon Malaga del proceso penal que se le sigue por la PRESUNTA COMISION DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO por haberse desempeñado como Ministro de Estado.

Porque se excluyó el citado delito, en razón a que ya se tenía investigando el delito de cohecho propio delito específico, muchos doctrinarios señalan que el TC se excedió en el presente caso resolviendo la exclusión de un delito materia de investigación.

- Precisar la adecuada normativización del delito de Enriquecimiento Ilícito en el Código Penal para evitar la impunidad.

A mi criterio como postura personal, correspondería que el delito de Enriquecimiento Ilícito sea integrado como tipo agravante en forma de absorción dentro de los delitos contra la Administración Pública, debiendo investigarse no solo el delito específico sino también el enriquecimiento ilícito por las conductas desplegadas ilícitamente.

- Identificar la opinión de expertos con relación a la falta de claridad del bien jurídico protegido en el delito de Enriquecimiento Ilícito.

Con las entrevistas realizadas a magistrados en materia penal se ha identificado que existe falta de claridad en el bien jurídico protegido del delito de enriquecimiento ilícito.



3.2. Prueba de hipótesis:

Mi hipótesis general ha sido debidamente comprobada, puesto que la falta de claridad del bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito, SI provoca impunidad y deficiente interpretación del tipo penal en el delito de Enriquecimiento Ilícito por el Juzgador al emitir resoluciones judiciales ello se halla acreditado con las sentencias emitidas por el órgano jurisdiccional y jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional así como también con la opinión de magistrados en materia penal de la Corte Superior de Justicia del Cusco.

3.2.1. *Hipótesis específicos.*

- Existen razones suficientes que evidencian la falta de claridad en el Bien Jurídico protegido del delito de Enriquecimiento Ilícito.
- Si puesto que los integrantes del órgano jurisdiccional señalan que el bien jurídico protegido del delito de Enriquecimiento Ilícito es similar a todos los delitos contra la administración Pública y no se observa una autonomía en la afectación del bien jurídico protegido.
- Se evidencia jurisprudencia que muestra la omisión en la tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito.
- Si, sentencias condenatorias contra servidores públicos.
- Se precisa la manera de normativizar el delito de Enriquecimiento Ilícito en el código penal para evitar la impunidad.
- Se propone la inclusión del delito de enriquecimiento ilícito como tipo agravante en los delitos contra la administración pública.
- Se identifica la opinión de expertos con relación a la falta de claridad del bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito.



- Con las entrevistas realizadas a magistrados en materia Penal de la Corte Superior de Justicia del Cusco, se evidencia la falta de claridad del bien jurídico del delito materia de Tesis.



CONCLUSIONES

- Según el análisis realizado, se concluye en principio que el bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito es el correcto funcionamiento de la administración pública, y la afectación al patrimonio del Estado. Asimismo la falta de claridad del bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito, si provoca impunidad y deficiente interpretación del tipo penal en el delito de Enriquecimiento Ilícito por el Juzgador al emitir resoluciones judiciales ello se halla acreditado con las sentencias emitidas por el órgano jurisdiccional y jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional así como también con la opinión de magistrados en materia penal de la Corte Superior de Justicia del Cusco.
- También concluyo precisando que el delito de Enriquecimiento Ilícito es AUTONOMO y no SUBSIDIARIO en razón a que el Funcionario que comete un acto ilícito en contra de la Administración Pública y dicha conducta le genera ingresos económicos ostentosos en forma ilegal debe ser sancionado por el delito de Enriquecimiento Ilícito, mas allá de la incriminación de los delitos colaterales que se pudieran originar como el peculado, concusión etc.
- No existe concurso ideal mucho menos aparente en las conductas ilícitas señaladas en el Código Penal respecto a la tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito con otro delito contra la Administración Pública en razón a la autonomía de la primera.
- Los legisladores no han precisado de manera clara y precisa cual es el bien jurídico protegido en el delito de Enriquecimiento Ilícito, pues al existir vacío en la normatividad el Órgano Jurisdiccional sanciona las conductas ilícitas en forma incompleta,
- Al revisar las sentencias emitidas en procesos contra la Administración Pública por parte del Órgano Jurisdiccional se advierte que no existe sentencias respecto al delito de Enriquecimiento Ilícito, pese a la conducta ilícita desplegada por el funcionario público y el



incremento de su patrimonio desmedidamente con conductas deshonrosas como el delito de peculado, cohecho y otros.



RECOMENDACIONES

- Se recomienda que para que exista claridad y precisión en la aplicación del tipo penal de Enriquecimiento Ilícito, se defina en forma clara cuál es el BIEN JURIDICO PROTEGIDO mediante acuerdos plenarios convocados por los operadores de la Justicia, y no existan conceptualizaciones antojadizas por parte de los estudiosos del derecho.
- A mi criterio, observo que dicha conducta ilícita prevista en el Código Penal es inaplicable, debiendo ser derogada, y subsumida en las conductas ilícitas prevista en título segundo de los Delitos contra la Administración Publica como forma agravada, con el objeto de que también se sancione por el delito enriquecimiento ilícito, ya que a la fecha no existe sanción punitiva por el Operador Judicial en diversas acciones antijurídicas por parte de los Funcionarios y Servidores Públicos cuando estos afecten el patrimonio del Estado enriqueciéndose ilícitamente.



BIBLIOGRAFÍA

- ALTAMIRANO, F. A. (2018). *TEORÍA DEL DELITO - MANUAL PRÁCTICO*. LIMA: APECC.
- ANONIMO. (2018). <http://www2.congreso.gob.pe>. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9506FA981DDF086405257C2B0056BEF1/\\$FILE/Gesti%C3%B3n_P%C3%ABblica.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9506FA981DDF086405257C2B0056BEF1/$FILE/Gesti%C3%B3n_P%C3%ABblica.pdf): [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9506FA981DDF086405257C2B0056BEF1/\\$FILE/Gesti%C3%B3n_P%C3%ABblica.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9506FA981DDF086405257C2B0056BEF1/$FILE/Gesti%C3%B3n_P%C3%ABblica.pdf)
- ANONIMO. (2018). <https://es.wikipedia.org>. Obtenido de https://es.wikipedia.org/wiki/Enriquecimiento_il%C3%ADcito: https://es.wikipedia.org/wiki/Enriquecimiento_il%C3%ADcito
- ANONIMO. (11 de ABRIL de 2018). <https://www.monografias.com> › trabajos38 › derecho-penal-peru2. Obtenido de <https://www.monografias.com> › trabajos38 › derecho-penal-peru2: <https://www.monografias.com> › trabajos38 › derecho-penal-peru2
- ANONIMO. (05 de ENERO de 2018). <https://www.unifr.ch/ddp1/>. Obtenido de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_80.pdf: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_80.pdf
- ANONIMO. (2019). <http://www.saij.gob.ar>. Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>
- ANONIMO. (13 de JUNIO de 2019). <https://www.minjus.gob.pe> › uploads › 2017/03 › Teoria-Del-Delito, s.f. Obtenido de <https://www.minjus.gob.pe> › uploads › 2017/03 › Teoria-Del-Delito, s.f.: <https://www.minjus.gob.pe> › uploads › 2017/03 › Teoria-Del-Delito, s.f.
- CODIGO PENAL. (2019). *DECRETO LEGISLATIVO 635*. LIMA: SPIJ.
- Congreso de Juristas. (11 de OCTUBRE de 2018). www4.congreso.gob.pe › cip › extorsion › teorias_pena_investigacion. Obtenido de www4.congreso.gob.pe › cip › extorsion › teorias_pena_investigacion: www4.congreso.gob.pe › cip › extorsion › teorias_pena_investigacion
- Dávila García, J. D. (2012). *“EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE LOS. LOJA - ECUADOR: UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA*.
- FRANZ VON LISZT. (2018). *EL DERECHO*. ALEMANIA: IPENZA ABOGADOS.
- GARCIA CAVERO, P. (2018). ACERCA DE LA FUNCIÓN DE LA PENA . *FUNCION DE LA PENA*, 1-12.
- García Hanco, K. M. (2018). *El delito de enriquecimiento ilícito y su influencia en el Perú*. Lima: Universidad Cesar Vallejo.



Hernández Basualto, H. (2006). *El delito de enriquecimiento ilícito de FUNCIONARIOS*. Valparaiso: Universidad Jesuita Alberto Hurtado.

https://es.wikipedia.org/wiki/Enriquecimiento_il%C3%ADcito.
(https://es.wikipedia.org/wiki/Enriquecimiento_il%C3%ADcito).
https://es.wikipedia.org/wiki/Enriquecimiento_il%C3%ADcito:
https://es.wikipedia.org/wiki/Enriquecimiento_il%C3%ADcito.

JULCA VASQUEZ, J. (13 de JULIO de 2018). ¿SUBSIDIARIEDAD O AUTONOMIA? A PROPÓSITO DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO LICITO. *PASIÓN POR EL DERECHO*, pág. 07.

MINISTERIO DE JUSTICIA. (MARZO de 2017). <https://www.minjus.gob.pe/uploads/2017/03/Teoria-Del-Delito>. Obtenido de <https://www.minjus.gob.pe/uploads/2017/03/Teoria-Del-Delito>

Ministerio de Justicia. (01 de marzo de 2017). <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/03/Teoria-Del-Delito.pdf>. Obtenido de <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/03/Teoria-Del-Delito.pdf>

MONTALVO MARITSA. (18 de mayo de 2018). <https://www.docsity.com/es/teoria-del-delito-diapositivas-sobre-los-conceptos-generales-y-su-evolucion-en-la-historia/2659162/>. Obtenido de <https://www.docsity.com/es/teoria-del-delito-diapositivas-sobre-los-conceptos-generales-y-su-evolucion-en-la-historia/2659162/>

Paucarpura Aguirre, G. (2019). El bien jurídico en el derecho penal. En G. Paucarpura Aguirre, *El bien jurídico en el derecho penal* (págs. 365-387). Lima: ANONIMA.

PIVA TORRES, G. H. (2019). TEORIA DEL DELITO Y EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DEL DERECHO. *PREVENCIONE SPECIAL*, 280-293.

QUISPE TAYPE, M. (2009). APLICACIÓN DE LA RESERVA DEL FALLO. En M. Q. TAYPE, *APLICACIÓN DE LA RESERVA DEL FALLO* (págs. 86-96). Huancavelica: Anonima.

Teorías de la pena. (s.f.).

http://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/extorsion/teorias_pena_investigacion.pdf. Obtenido de http://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/extorsion/teorias_pena_investigacion.pdf



OTRAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Antonio García Pablos de Molina. (n.d.). Retrieved from <https://libros-revistas-derecho.vlex.es> › limites-ius-puniendi-568117298

Ana Lago Garma. (n.d.). Elementos de la teoria del delito Iberley. Retrieved from Elementos de la teoria del delito Iberley: <https://www.iberley.es> › temas › elementos-teoria-delito. Artículo 28 Código Penal Peruano. (2016).

Avilés, V. M. (n.d.). Derecho a la Libertad Personal y a la Seguridad Individual. 2010. Caro John J. A. (2017). Summa Penal, toda la jurisprudencia vinculante, relevante y actual en un solo volumen. Lima: Nomos y Thesis EIRL.

Charles Dunlop, V. M. (1994). Curso De Derecho Penal Especial.

Dal Bello Paola E. (n.d.). Monografias .com. Retrieved from <https://www.monografias.com> › trabajos10 › pena › pena

Durán Migliardi, M. (2011). Teorías Absolutas de la Pena: Origen y Fundamentos. Santiago.

Elhart, R. F. (2014). Individualización judicial de la pena en el Derecho Penal argentino. Argentina.

Ensayos, M. K.-L. (n.d.). MARIANO KIERSZENBAUM- Lecciones y Ensayos.

Gálvez Villegas, T. (2001). Delito de enriquecimiento Ilicito. Editorial Idemsa.

<https://www.minjus.gob.pe> › uploads › 2017/03 › Teoria-Del-Delito. (n.d.). Retrieved from

<https://www.minjus.gob.pe> › uploads › 2017/03 › Teoria-Del-Delito:



<https://www.minjus.gob.pe> › uploads › 2017/03 › Teoria-Del-Delito Hurtado Pozo, E. (1987).

Manual de Derecho Penal. Lima.

Jakobs, S. S. (2004). Bedeutung und Zweck. Paderborn.

López Barja de Quiroga, J. (2004). Derecho Penal Parte General. Lima: Gaceta Jurídica.

Madrid, A. P. (2016). Penas Accesorias. Madrid.

Montoya Vivanco, Y. (2004). Estudios criticos sobre la parte especial de delitos contra la administración publica. Lima: GRAFICA DELVI S.R.L.

Montoya Vivanco, Y. (2011). Manual sobre Delitos contra la Administración Pública.

Peña Cabrera, R. (1993). Delito de Enriquecimiento Ilícito. Lima: Idemsa.

Pérez López, J. A. (2012). El delito de enriquecimiento ilícito y su tratamiento en la doctrina y norma sustantiva. Lima: Revista Derecho y Cambio Socia.

Pilar Carbonel Vílchez. (2011). cybertesis.unmsm.edu.pe › bitstream › cybertesis › Plataforma digital unica del estado peruano. (n.d.). <https://www.minjus.gob.pe>. Retrieved from <https://www.minjus.gob.pe>: <https://www.minjus.gob.pe> Prado Saldarriaga, V. (1995). el sistema de penas . Lima: Grijley.

Rojas Vargas, F. (2002). Delitos Contra la Administracion Pública. Lima: Grilley.

Rojas Vargas, F. (2007). Delitos de corrupcion de funcionarios. Lima.

Roxin, C. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología –RECPC.



Salazar, H. J. (2015, Noviembre 13). Hamilton Montoro. Retrieved from <http://hamiltonmontoro.blogspot.pe/>

Sampieri, H. (2006). Metodología de la investigación. Mexico: McGraw-Hill.

Sánchez-Ancochea, D. -M.-M. (2012). La incorporación social en Centroamérica: trayectorias, obstáculos y oportunidades. Mexico: Cepal.

teoria del Delito . (n.d.). Retrieved from [https://www.minjus.gob.pe > uploads > 2017/03 >](https://www.minjus.gob.pe/uploads/2017/03)

Yanac, J. A. (2017). Código Penal. Lima: Grijley.



ANEXOS



SENTENCIAS EMITIDAS POR EL ORGANO JURISDICCIONAL

Número de expediente: 5784-2018.

Juzgado: Corte Superior de Justicia de Cusco.

Imputado: Juan Crisostomo Alvarez Auccahuallpa.

Agraviado: El Estado peruano.

Delito: Peculado doloso.

Se advierte que se sentenció por Peculado Doloso, sin embargo, no se pronunció sobre el incremento de su patrimonio al ejecutar actos ilícitos en su labor como funcionario público.

Número de expediente: 3034-2017.

Juzgado: Corte Superior de Justicia de Cusco.

Imputado: Wilber Sihuín Quispe.

Agraviado: El Estado peruano.

Delito: Peculado doloso.

Se advierte que se sentenció por Peculado Doloso, sin embargo, no se pronunció sobre el incremento de su patrimonio al ejecutar actos ilícitos en su labor como funcionario público.

Número de expediente: 4023-2016.

Juzgado: Corte Superior de Justicia de Cusco.

Imputado: Fabio Herrera Segovia y otros.

Agraviado: El Estado peruano.



Delito: Peculado doloso.

Se advierte que se sentenció por Peculado Doloso, sin embargo, no se pronunció sobre el incremento de su patrimonio al ejecutar actos ilícitos en su labor como funcionario público.

Número de expediente: 3977-2018.

Juzgado: Corte Superior de Justicia de Cusco.

Imputado: Doris Ruth Paredes Peculado Doloso Yanque.

Agraviado: El Estado representado por la pecuraduría especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco.

Delito: Peculado doloso por apropiación.

Se advierte que se sentenció por Peculado Doloso, sin embargo, no se pronunció sobre el incremento de su patrimonio al ejecutar actos ilícitos en su labor como funcionario público.

Número de expediente: 3486-2017.

Juzgado: Corte Superior de Justicia de Cusco.

Imputado: Nils Rowland Basurto Guillen u otro.

Agraviado: El Estado peruano.

Delito: Peculado de uso.

Se advierte que se sentenció por Peculado Doloso, sin embargo, no se pronunció sobre el incremento de su patrimonio al ejecutar actos ilícitos en su labor como funcionario público.



Número de expediente: 422-2019.

Juzgado: Corte Superior de Justicia de Cusco.

Imputado: Kacha Cjuro Victorechis.

Agraviado: Ministerio del interior procuraduría especialidad en de corrupción de funcionarios de Cusco.

Delito: Cohecho activo en el ámbito de función policial.

Se advierte que se sentenció por Cohecho, sin embargo no se pronunció sobre el incremento de su patrimonio al ejecutar actos ilícitos en su labor como funcionario público.

Número de expediente: 3601-2016.

Juzgado: Corte Superior de Justicia de Cusco.

Imputado: Juan Benigno Tintaya y otros.

Agraviado: El Estado peruano.

Delito: Peculado Doloroso Agravado.

Se advierte que se sentenció por Peculado Doloso, sin embargo, no se pronunció sobre el incremento de su patrimonio al ejecutar actos ilícitos en su labor como funcionario público.

Número de expediente: 3666-2018.

Juzgado: Corte Superior de Justicia de Cusco.

Imputado: Gamarra Yachachin Lenin Andres.

Agraviado: El Estado peruano.



Delito: Cohecho Activo Especifico.

Se advierte que se sentenció por Cohecho, sin embargo, no se pronunció sobre el incremento de su patrimonio al ejecutar actos ilícitos en su labor como funcionario público.

Número de expediente: 4269-2016.

Juzgado: Corte Superior de Justicia de Cusco.

Imputado: Martha Benavides Villena.

Agraviado: El Estado peruano.

Delito: Peculado.

Se advierte que se sentenció por Peculado Doloso, sin embargo, no se pronunció sobre el incremento de su patrimonio al ejecutar actos ilícitos en su labor como funcionario público.

Número de expediente: 03996-2016.

Juzgado: Corte Superior de Justicia de Cusco.

Imputado: Rubén Ballón Masías.

Agraviado: Estado Peruano.

Delito: Peculado Culposo.

Se advierte que se sentenció por Peculado Doloso, sin embargo, no se pronunció sobre el incremento de su patrimonio al ejecutar actos ilícitos en su labor como funcionario público.



Número de expediente: 3578-2018.

Juzgado: Corte Superior de Justicia de Cusco.

Imputado: Roy David Quispe Sullca.

Agraviado: El Estado peruano.

Delito: Peculado por uso.

Se advierte que se sentenció por Peculado Doloso, sin embargo, no se pronunció sobre el incremento de su patrimonio al ejecutar actos ilícitos en su labor como funcionario público.

Número de expediente: 6267-2018.

Juzgado: Corte Superior de Justicia de Cusco.

Imputado: Huillcahuaman Ccalla Marco Antonio.

Agraviado: El Estado peruano.

Delito: Concusión.

Se advierte que se sentenció por Concusión, sin embargo, no se pronunció sobre el incremento de su patrimonio al ejecutar actos ilícitos en su labor como funcionario público.

Número de expediente: 4563-2018.

Juzgado: Corte Superior de Justicia de Cusco.

Imputado: Miguel Lozano Bustamante.

Agraviado: El Estado peruano.

Delito: Peculado doloso.



Se advierte que se sentenció por Peculado Doloso, sin embargo, no se pronunció sobre el incremento de su patrimonio al ejecutar actos ilícitos en su labor como funcionario público.



ENTREVISTAS REALIZADAS A MAGISTRADOS EN MATERIA PENAL

AL DOCTOR MIGUEL ANGEL CASTELO ANDIA, Juez Superior integrante de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Cusco.

PREGUNTAS:

1.- Para Ud. Cual el Bien Jurídico protegido por el delito de Enriquecimiento Ilícito.

Respuesta:

El delito de Enriquecimiento Ilícito tiene que ver con la Administración Pública y este delito es cometido por Funcionarios Públicos y el bien jurídico que protege son los intereses del estado el erario nacional, y al ser pluriofensivo protege pues el patrimonio del Estado.

2.- Este bien jurídico precisado por Ud. Se halla debidamente detallado en la norma sustantiva y el juzgador al momento de resolver tiene en forma clara este bien jurídico al momento de resolver un caso concreto?

Respuesta: La norma penal en ningún tipo penal establece cual es el bien jurídico protegido en diversos delitos, pues el bien jurídico se obtiene de la doctrina y diversos criterios por consiguiente existen conceptos distintivos.

3.- ¿El delito de Enriquecimiento Ilícito debe ser AUTONOMO, SUBSIDIARIO o debe comprender un CONCURSO IDEAL?

Respuesta: Considero que el delito de Enriquecimiento Ilícito se parece mucho al delito de Peculado, sin embargo considero que es autónomo por que configura sus propios elementos normativos.



4.- ¿Cree Ud., que el delito de Enriquecimiento Ilícito debe estar incluida dentro de los delitos contra la Administración Pública?

Respuesta: Considero que al no existir investigación, juzgamiento mucho menos sentencia respecto al delito de Enriquecimiento Ilícito no se observa mayor cuestionamiento, lo que si se advierte es poca investigación del caso.



AL DOCTOR GUIDO CASTILLO LIRA, Juez Superior integrante de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Cusco.

PREGUNTAS:

1.- ¿Para Ud. Cual el Bien Jurídico protegido por el delito de Enriquecimiento Ilícito.

Respuesta: Considero que el bien jurídico protegido es el patrimonio del Estado y el Correcto funcionamiento de la Administración Pública.

2.- ¿Este bien jurídico precisado por Ud. Se halla debidamente detallado en la norma sustantiva y el juzgador al momento de resolver tiene en forma clara este bien jurídico al momento de resolver un caso concreto?

Respuesta: El delito previsto en el artículo 401 está dentro de los delitos contra la Administración Pública, considero que si es adecuada, y este delito concurre con otros delitos, y este delito muchas veces es subsidiario.

3.- El delito de Enriquecimiento Ilícito debe ser AUTONOMO, SUBSIDIARIO o debe comprender un CONCURSO IDEAL?

Respuesta: Considero que el delito de Enriquecimiento Ilícito concurre con otros delitos, por lo que también es autónomo y subsidiario, y debe ser tipificado junto a otros delitos contra la Administración Pública para contrarrestar la corrupción cuando no se identifica otro delito específico.



4.- ¿Cree Ud. que el delito de Enriquecimiento Ilícito debe estar incluida dentro de los delitos contra la Administración Pública?

Considero que no, puesto que este delito es autónomo y si más bien se advierte que el Ministerio Público no investiga el delito de Enriquecimiento Ilícito pese a conocer el incremento del patrimonio de los funcionarios públicos, basándose únicamente en el delito específico.



EXP. N.º 3509-2009-PHC/TC
LIMA
WALTER GASPAR
CHACÓN MÁLAGA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de octubre de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional integrada por los Magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia.

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Julio César Espinoza Goyena, abogado de Walter Segundo Gaspar Chacón Málaga contra la resolución de la Cuarta Sala Penal para procesos con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 815, su fecha 4 de mayo de 2009, que declara infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

II. ANTECEDENTES

§. *Demanda*

Con fecha 13 de noviembre de 2008, el recurrente interpone demanda constitucional de hábeas corpus, contra los siguientes magistrados: a) Ricardo Núñez Espinoza, Juez Penal de turno de la Corte Superior de Justicia de Lima; b) Saúl Peña Farfán, Juez del Sexto Juzgado Penal Especializado de la Corte Superior de Justicia de Lima; c) Carlos Carvajal Alvino, Fiscal Adjunto Superior de la Fiscalía Superior Especializada de Lima; d) Inés Villa Bonilla, Inés Tello de Ñecco y Carlos Ventura Cueva, Vocales de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, con el objeto de que siendo estimativa la presente demanda se declare: a) La nulidad e insubsistencia de la denuncia fiscal (N.º 07-2000-FPPE) de fecha 19 de enero de 2001; b) La nulidad del auto de apertura de instrucción de fecha 19 de enero 2001; c) La nulidad de auto ampliatorio de instrucción de fecha 17 de septiembre de 2001; d) La nulidad e insubsistencia de la acusación fiscal de fecha 12 de enero de 2004; e) Nulo el auto de enjuiciamiento de fecha 17 de agosto de 2004.

Sostiene el demandante que con fecha 28 de noviembre del año 2000 se le abre investigación fiscal por la presunta comisión de los delitos de cohecho propio y encubrimiento real, que concluyó con la formalización de denuncia ante el órgano jurisdiccional competente, habiéndose producido la apertura de instrucción N.º 293-2001, de fecha 19 de enero de 2001, la cual se amplió por haberse encontrado elementos de la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito. Alega que se le abrió proceso sin que previamente se lleve a cabo un antejuicio ante el Congreso de la República, lo que le correspondía por haberse desempeñado como Ministro de Estado. Asimismo señala que se ha afectado el principio de legalidad en su variante de irretroactividad de la ley penal, pues no obstante ser claro que el periodo de tiempo comprendido en la investigación fue el acaecido entre el año 1990 y 2000 el Fiscal Superior al momento de formular su acusación penal hace referencia a la Ley 27482, cuya fecha de publicación data del mes de junio de 2001, esto es mucho posterior a la



época en que ocurrieron los hechos que se imputan como delictuosos y peor aún porque agrava la pena para esta clase delitos.

Adiciona el recurrente como argumento de su demanda que se ha vulnerado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, señalando como fundamento que el proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito, fue abierto en el año 2001, siendo que a la fecha de interposición del presente proceso constitucional lleva casi 8 años en tramitación, sin que ni siquiera se haya emitido resolución en primera instancia, con lo que se habría vulnerado toda razonabilidad en el plazo de su tramitación.

§. Investigación sumaria

Realizada la investigación sumaria, los demandados argumentan de modo general y respecto de cada una de las presuntas afectaciones lo siguiente: a) Que el recurrente no le alcanza la prerrogativa del antejuicio político, toda vez que esta prerrogativa está referida a aquellos actos que hayan sido consecuencia del ejercicio del cargo de Ministro; b) Que si bien se ha hecho referencia a la Ley 27482 que modifica el artículo 401° del Código Penal, la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal, más aún si se tiene en cuenta que dicha modificatoria lo único que hizo fue desarrollar una explicación de la conducta descrita y no ha sido aplicada al caso del recurrente; c) Que si bien es cierto que el proceso penal se ha prolongado en el tiempo, esto se encuentra debidamente justificado toda vez que el mismo es sumamente complejo, con la intervención de más de medio centenar de personas que obligan a su irremediable prolongación.

§. Resolución de primera instancia

El Décimo Juzgado Penal de la Corte Superior de Lima, mediante resolución de fecha 02 de marzo de 2009, de fojas 593, declaró INFUNDADA la demanda de hábeas corpus por considerar que: a) Al recurrente no le alcanzaba la prerrogativa del antejuicio político en virtud a que los hechos que se le imputan obedecen a su actuar como miembro del Ejército del Perú y no como Ministro de Estado; b) No se le ha vulnerado el principio de irretroactividad de la ley penal, pues no ha sido aplicado el párrafo agregado por dicha ley al tipo penal de enriquecimiento ilícito; c) No existe afectación al plazo razonable, pues el proceso penal tiene la naturaleza de complejo, además de haberse iniciado el juicio oral en el año 2004.

§. Resolución de segunda instancia

La Cuarta Sala Penal para procesos con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima CONFIRMÓ la resolución materia de alza que declaraba INFUNDADA la demanda de autos, sustancialmente bajo idénticos argumentos que el A-quo.

III. FUNDAMENTOS

§. Delimitación del petitorio.



1. La presente demanda tiene por objeto cuestionar el proceso que se sigue contra el recurrente por delito de enriquecimiento ilícito. Al respecto, alega violación a la prerrogativa del antejuicio, aplicación retroactiva de la ley penal violatoria del principio de legalidad penal y violación del derecho al plazo razonable del proceso

§. Algunas precisiones respecto al hábeas corpus.

2. Desde antigua data, la libertad (como estado natural de una persona) ha sido uno de los atributos más valiosos con los que cuenta un ser humano; tal situación supuso que la *libertad* sea objeto de protección y tutela frente a las privaciones. Así, el antecedente más remoto de tutela lo encontramos en el interdicto^[1] *de hómīne líbero exhibendo* el cual constituyó una especie de “*acción popular*”, ejercitable por cualquiera y de manera indeterminada, que estaba encaminada a tutelar la libertad de aquel hombre libre privado dolosamente de ella. Esta concepción de hábeas corpus ha sido catalogada como la *percepción clásica* de este instituto y como el instrumento *nom plus ultra* de tutela de la libertad individual, pues, como ya se ha señalado, servía para tutelar el atributo que los romanos llamaron *ius movendi et ambulandi* o lo que los anglosajones denominaron *power of locomotion*.
3. Esta postura jurídica ha ido desarrollándose con el paso del tiempo y su afirmación ha venido siendo evolucionada, en la lengua contemporánea de los derechos fundamentales. Nuestro sistema normativo (teniendo como punto de partida la *norma normarum*) no ha sido ajeno a dicha evolución, y ha asumido lo que en doctrina se conoce como la *concepción amplia de hábeas corpus*, es decir, ya no sólo protege a la libertad personal, sino que se ha extendido a otros derechos consustanciales con ésta (entiéndase libertad personal). A dicha afirmación es posible arribar a partir de lo establecido en el artículo 200º inciso 1) de la Constitución Política del Perú que ha previsto: “... *La acción de hábeas corpus... procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos conexos...*”. Siguiendo dicha orientación, el Código Procesal Constitucional en la parte *in fine* del último párrafo del artículo 25º ha precisado que: “...*También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad de domicilio...*”.
4. Como se podrá apreciar, el ámbito de protección del hábeas corpus ha sido extendido a la tutela del debido proceso, lo que supone el otorgamiento, al Juez Constitucional, de la facultad de emitir pronunciamiento ante la eventual vulneración del derecho fundamental antes mencionado; siendo necesario para ello la verificación, en el caso concreto, de la *conexidad* entre éste (debido proceso) y la libertad individual. Así lo ha entendido y establecido el Colegiado Constitucional en su jurisprudencia, al señalar que: “... *si bien el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso (...) habida cuenta de que se han establecido judicialmente restricciones al pleno ejercicio de la libertad locomotora, tras la imposición de la medida*

^[1] El término interdicto era aquel instituto de derecho público y su denominación aludía a la posibilidad de interpolación de la autoridad pública a fin de cautelar determinados derechos.



cautelar de detención preventiva, el Tribunal Constitucional tiene competencia, ratione materiae, para evaluar la legitimidad constitucional de los actos judiciales considerados lesivos...” (STC. 06402-2006-PHC/TC). Es más, el Colegiado Constitucional ha aseverado que: “... no cualquier reclamo que alegue a priori afectación de los derechos conexos a la libertad individual puede franquear la procedibilidad de una demanda de hábeas corpus, pues para ello se requiere prima facie que se cumpla con el requisito de la conexidad. Este requisito comporta que el reclamo alegado esté siempre vinculado a la libertad individual...” (STC. 4052-2007-PHC/TC).

5. Así las cosas, es pertinente, de cara a la correcta resolución del presente caso, verificar si la alegada vulneración del debido proceso efectuada por el recurrente lleva aparejada el requisito de *conexidad* al que se ha hecho referencia en los fundamentos precedentes. Así analizado el expediente, se puede concluir de la instrumental obrante de fojas 153 a 161 que el recurrente tiene la medida coercitiva personal de comparecencia con restricciones, como por ejemplo la de no ausentarse del lugar de su residencia sin previo aviso del Juez, comparecer cada 15 días y de manera personal al juzgado a informar y justificar sus actividades bajo apercibimiento de revocársele la medida coercitiva impuesta. Todo ello, a juicio de este Colegiado, constituye una injerencia en la esfera de libertad de la persona del recurrente, con lo que le está completamente legitimado a este Tribunal analizar el fondo de la controversia constitucional planteada.

§. Presunta vulneración de la prerrogativa del antejuicio político

6. La Constitución Política del Perú, dentro de su desarrollo normativo, ha previsto en sus artículos 99° y 100° dos tipos de procedimientos por medio de los cuales se puede acusar a los altos funcionarios del Estado ante una posible infracción a la Constitución o por la comisión de un hecho delictivo. Estos procedimientos de acusación constitucional son de distinta naturaleza y, por ende, de distintos alcances; nos referimos al *antejuicio político* y al *juicio político*. Por obvias razones, en el presente caso efectuaremos un análisis sólo del primero de ellos, esto es el antejuicio político.
7. Así, respecto al antejuicio político el artículo 99° de la Constitución Política del Perú ha señalado que: “*Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes del Congreso; a los Ministros 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 cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas*” (resaltado y subrayado agregados).
8. Por su parte el Tribunal Constitucional desarrollando dicho artículo ha precisado que: “*...es un privilegio jurídico-político al cual tienen derecho ciertos funcionarios del Estado como: el Presidente de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los Vocales de la Corte*



Suprema, los Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República...” (STC. 0006-2003-AI/TC), a mayor abundamiento ha señalado que: “... *El antejuicio político es una prerrogativa funcional de naturaleza formal consistente en que los altos funcionarios del Estado señalados en el artículo 99° de la Constitución no sean procesados penalmente por supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin haber sido previamente despojados de la prerrogativa funcional en un procedimiento seguido con las debidas garantías procesales en el seno del Congreso de la República...*” (STC. 2364-2008-PHC/TC).

9. Como se podrá advertir tanto de su configuración normativa, como el desarrollo jurisprudencial, existen dos materias por las cuales es posible que los Congresistas de la República puedan ejercer la atribución constitucional de la acusación constitucional; nos estamos refiriendo a: a) La infracción a la Constitución; y, b) Comisión de delito en el ejercicio de sus funciones. El análisis que se hará en el desarrollo argumentativo de la presente sentencia recaerá únicamente sobre el segundo de ellos, por ser este uno de los fundamentos por los que el recurrente esgrime el presente proceso constitucional de la libertad.
10. En este excursus de razonamiento, este Tribunal considera necesario establecer que la prerrogativa del antejuicio político o, si se quiere, el procedimiento de acusación constitucional, es una institución jurídico-política que *se instaura por la comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones*, mas no está diseñado o configurado respecto de la comisión de delitos comunes. En otras palabras, la prerrogativa del antejuicio político no resulta aplicable a los altos funcionarios del Estado en todos los ámbitos de su vida, incluyendo la privada, sino sólo para aquellos casos en los que la conducta delictiva sea consecuencia de actos propios de su cargo (como por ejemplo peculado, cohecho, etc). Sostener lo contrario, sería afirmar que si uno de los altos funcionarios a los que hace referencia el artículo 99° de la Constitución atenta contra la vida de su cónyuge, éste tendría derecho al antejuicio político por el cargo que ostenta, lo que a juicio de este Colegiado es incongruente con el *thelos* de la institución jurídica bajo análisis.
11. El recurrente argumenta en su escrito de apelación de la sentencia emitida por el A-quo en el presente proceso constitucional que: “La ampliación de instrucción por el delito de enriquecimiento ilícito alcanzó el periodo de tiempo comprendido entre el año 1992 y 2000” año éste último en el que se desempeñó como Ministro de Estado en la Cartera del Interior, pero respecto de ello no se ha dicho nada, por lo que asegura que le alcanzaba la prerrogativa del antejuicio político. Dicha afirmación debe estimarse como un argumento de defensa del recurrente, pero que este Colegiado no comparte, pues si tenemos en cuenta el auto ampliatorio de instrucción obrante a fojas 38, por medio del cual se resolvió ampliar la instrucción por la presunta comisión del delito de *enriquecimiento ilícito*, afirma que el evento fáctico que permite sostener la imputación formulada, está representada por el desbalance patrimonial del hoy recurrente cuando éste desempeñaba diversos cargos estratégicos en su condición de General del Ejército Peruano.



12. Ello evidencia que la instrucción que se le siguió y el juicio oral que a la fecha de presentación del presente proceso constitucional sigue vigente, no ha sido consecuencia de su accionar como Ministro de Estado, por lo que no está comprendido dentro de los alcances de la prerrogativa del antejuicio político.

§. Vigencia en el tiempo de la ley penal: Irretroactividad de la ley penal.

13. En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de legalidad es uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se erige el sistema jurídico. Tratándose de una disposición que forma parte del derecho penal material, la ley aplicable es la vigente al momento de cometerse el delito. Así se desprende del ordinal “d” del inciso 24) del artículo 2° de nuestra Constitución, a tenor del cual: “...*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley...*”.
14. De otra lado es también conocido que por mandato expreso de la Carta Fundamental del Estado una norma no puede ser aplicada de modo retroactivo, salvo en materia penal cuando favorece al reo. Así, el artículo 103° ha precisado literalmente que: “...*Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo...*”. Esta excepción es aplicable a las normas del derecho penal material, por ejemplo, en caso de que, posteriormente a la comisión del delito, entre en vigencia una norma que establezca una pena más leve. Por su parte el artículo 6° del Código Penal prescribe que se aplicará la norma vigente al momento de la comisión del delito y, en caso de conflicto de normas penales en el tiempo, se aplicará la más favorable.
15. Respecto a la irretroactividad de la ley, este Colegiado Constitucional ha tenido la oportunidad de afirmar que: “... *La aplicación retroactiva de las normas se produce cuando a un hecho, relación o situación jurídica se les aplica una norma que entró en vigencia después que éstos se produjeron. Nuestro ordenamiento prohíbe la aplicación retroactiva de las normas. Como excepción a la regla se permite la aplicación retroactiva en materia penal, cuando favorece al reo...*” (STC N.º 1300-2002-HC/TC). No obstante esta definición, no debe ser aplicada de modo literal, sino que debe existir una interpretación activa, es decir, caso por caso. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional el cual ha señalado en un proceso constitucional de hábeas corpus que: “...*El alegato del recurrente para cuestionar el proceso penal por el delito de corrupción de funcionarios en la modalidad cohecho pasivo impropio, se basa en que al momento de la comisión del mismo no estaba tipificada la conducta delictiva por la que se le condena y en que recién con la modificatoria del 6 de octubre de 2004 se amplía el hecho típico. Sin embargo, la conducta delictiva sí se encontraba tipificada en el artículo 394 del Código Penal, con anterioridad a dicha modificatoria, lo que era suficiente para la configuración del tipo penal...*” (STC. 1939-2004-PHC/TC).
16. Es conveniente aquí efectuar un análisis, a fin de determinar si es que se ha afectado la irretroactividad de la ley penal, entre la norma jurídica en la que se basó la imputación, esto es el artículo 401° que preveía el delito de enriquecimiento ilícito conforme a la descripción típica efectuada por el Código



Penal de 1991 y la modificatoria que sufrió dicha norma a través de la Ley 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), la que en su artículo séptimo incorporó un párrafo en el artículo 401° del Código Penal, de fecha del 15 de junio de 2001, es decir posterior a los hechos materia de incriminación.

17. La descripción típica original (conforme al Código Penal de 1991) del delito enriquecimiento ilícito es como sigue: *“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”*. A dicho artículo se le incorporó, a través de la Ley 27482 el siguiente párrafo: *“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”*.
18. Analizados y comparados las dos descripciones típicas debemos afirmar, de modo categórico, que la modificatoria introducida por la ley a la que se ha hecho referencia en las consideraciones precedentes no incluye ningún elemento típico nuevo pues, en efecto, como bien lo ha precisado el A-quo, dicha incorporación lo único que hace es delimitar los elementos objetivos del tipo penal y no modifican la esencia de la imputación formulada contra el hoy recurrente, ni tampoco una agravación de la conducta que tenga repercusión con la intensidad de la respuesta punitiva de parte del Estado, por lo que su aplicación al caso no constituye una aplicación retroactiva de la ley penal. En tal sentido, este extremo de la demanda debe ser desestimada.

§. El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

19. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso (artículo 139°, inciso 3 de la Constitución), y goza de reconocimiento expreso en el artículo 14°, inciso 3.c de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: *“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas... c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas”*; y en el artículo 8°, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prescribe: *“ Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*. Tales disposiciones cobran vigencia efectiva en nuestro ordenamiento a través del artículo 55 de la Constitución. Asimismo, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de esta Carta Política, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.



§. *Criterios para determinar la duración razonable del proceso penal*

20. Habiéndose planteado en el presente caso, la eventual violación del derecho al plazo razonable del proceso o, lo que es lo mismo, que éste no sufra dilaciones indebidas, la determinación de si se violó o no su contenido constitucionalmente protegido es un tema que solo puede obtenerse a partir del análisis de los siguientes criterios: **a)** la actividad procesal del interesado; **b)** la conducta de las autoridades judiciales, y **c)** la complejidad del asunto; los cuales fueron establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Genie Lacayo y Suárez Rosero al analizar el tema del plazo razonable del proceso, los mismos que han sido recepcionados por el Tribunal Constitucional (Cfr. Exp. N.º 618-2005-PHC/TC. *Caso Ronald Winston Díaz Díaz*. FJ N.º 11; Exp. N.º 5291-2005-PHC/TC. *Caso Heriberto Manuel Benítez Rivas* y otra. FJ N.º 6). Tales elementos permitirán apreciar si el retraso o dilación es indebido (que es la segunda condición para que opere este derecho), lo que debe realizarse caso por caso y según las circunstancias.
21. Dicha determinación ha sido acogida por el Tribunal Constitucional quien ha expresado en la sentencia recaída en el caso Berrocal Prudencio (Expediente N.º. 2915-2004-HC/TC), que: *“...para valorar la complejidad de un caso es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil...”*.
22. En lo que respecta a la valoración de la actividad procesal del inculpado, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado Constitucional permite), de la denominada *“defensa obstruccionista”* (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional). En consecuencia, *“(...) la demora sólo puede ser imputable al acusado si éste ha abusado de su derecho a utilizar los resortes procesales disponibles, con la intención de atrasar el procedimiento”* (Informe N.º 64/99, Caso 11.778, Ruth Del Rosario Garcés Valladares. Ecuador, 13 de abril de 1999. Asimismo, Caso Wemhoff, TEDH, párrafo 2; y Caso Neumeister, TEDH, párrafo 2).
23. En reiterada jurisprudencia este Colegiado (Expediente N.º 0376-2003-HC/TC. *Caso: Bozzo Rotondo*. FJ. 9) ha sostenido que *“...si bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso...”*.
24. En este orden de ideas, podría meritarse como *defensa obstruccionista* todas aquellas conductas intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, sea la interposición de recursos que, desde su origen y de manera



manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, sea las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones, entre otros. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del procesado.

25. En relación a la actuación de los órganos judiciales, este Tribunal, en reiterada jurisprudencia (Expediente N.º 2915-2004-HC/TC. *Caso: Berrocal Prudencio*), ha sostenido que será preciso evaluar el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad. En tal sentido, serían especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; o, como estableciera el TEDH, los repetidos cambios de juez instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general (Caso Clooth, párrafo 45).

§. Dimensiones de la infracción del derecho al plazo razonable del proceso penal

26. Por su parte, las dilaciones procesales atribuibles al propio órgano jurisdiccional pueden consistir en la omisión de resolver dentro de los plazos previstos en las leyes procesales, comportamiento que proviene de la pasividad o inactividad del órgano judicial lo que deviene en una demora o retardo del proceso (Cfr. Exp. 6390-2006-AA/TC. *Caso: Margarita del Campo Vegas*. FJ. N° 7: Omisión de pronunciamiento del Tribunal de honor; Exp. 549-2004-HC/TC. *Caso: Manuel Rubén Moura García*. FJ. N° 1: Omisión de expedición de sentencia; Exp. N° 3771-2004-HC/TC. *Caso: Miguel Cornelio Sánchez Calderón*. FJ. N° 1: Omisión de expedición de sentencia).
27. De otro lado, es posible también generar dilaciones indebidas a través de actividades procesales que por no ser adecuada para lograr la pronta solución del proceso genera una demora imputable al juez o al tribunal del caso. Es decir, se produce una determinada actuación que provoca una dilación persistente. Este Tribunal ha abordado este tema en la sentencia estimatoria recaída en el expediente N.º 3485-2005-HC/TC (*Caso: Sandro Bustamante Romaní*), en que el demandante hallándose sujeto a un proceso sumario iniciado en el año 1999, en el cual se emitieron dos sentencias absolutorias, las mismas fueron declaradas nulas por el tribunal superior fundamentando su decisión en la no consecución del objeto del proceso, sin tener en consideración la naturaleza sumaria del proceso (cuyo plazo legal es de 60 días, prorrogable a 30 días), dilató el juzgamiento cinco años, vulnerando así el derecho al plazo razonable del proceso.

§. Análisis del caso concreto

Inicio del cómputo del plazo razonable del proceso

28. Este Colegiado al tratar sobre el punto de partida para la evaluación del “*plazo razonable*”, considera que en materia penal el comienzo del mismo, debe computarse desde el momento en que la persona conoce de la atribución o señalamiento que le afecta concretamente, ya sea por un particular en una



denuncia o por acto de autoridad judicial u otra autoridad competente, como sospechoso de haber participado en un hecho delictivo. El hecho objetivo a partir del cual debe empezar a computarse el plazo dentro de este proceso es la apertura de investigación fiscal, por constituir el primer acto de carácter *cuasi jurisdiccional* por medio del cual el hoy recurrente tomó conocimiento de que el Estado había activado al aparato persecutor, es decir el cómputo del plazo de duración del proceso, data del 28 de noviembre del año 2000.

29. En tal sentido, el presente proceso lleva a la fecha de expedición de la presente sentencia, un total de ocho años, diez meses y veinte días. Seguidamente se procederá a analizar dicho plazo, que *prima facie* se advierte excesivo, sobre la base de los ya criterios materiales de análisis; a saber: complejidad del asunto, actuación del órgano jurisdiccional, conducta procesal de las partes.

Elementos de análisis del plazo razonable del proceso

30. En cuanto a la complejidad del proceso, conforme consta de la copia del auto de apertura de instrucción, a fojas 24, así como del auto de enjuiciamiento, a fojas 138, se trata de un proceso con un gran número de imputados, lo que conforme a lo aseverado en el informe (a fojas 488 y siguientes) elaborado por la presidenta de la Sala Penal emplazada, doña Inés Villa Bonilla, quien reconoce que han llegado a sumar 35 imputados. Al respecto, dicha cantidad de procesados es en definitiva un aspecto que incide en gran medida en la complejidad del proceso. Sin embargo, resulta pertinente hacer referencia al hecho de que con la finalidad de darle mayor celeridad a la tramitación del proceso, mediante resolución de fecha 5 de febrero de 2007, se dispuso la desacumulación del proceso en dos (el N.º 004-2001 y el 13-2007). Asimismo, se produjo una segunda desacumulación del proceso N.º 004-2001, mediante resolución de fecha 15 de septiembre de 2008, en otros tres procesos distintos: 004-2001, 84-2008 y 85-2008. De modo tal que finalmente en el proceso N.º 004-2001 habrían quedado comprendidos además del recurrente, otras cuatro personas, a saber: Aurora Isabel de Vettori Rojas de Chacón, Cecilia Isabel Chacón de Vettori, Luis Kiguel Portal Barrantes y Juan Cralos Chacón de Vettori (a fojas 499 de autos).
31. Más allá del loable esfuerzo de la judicatura por desacumular procesos en aras de la celeridad procesal, de modo tal que actualmente el proceso seguido contra el recurrente tiene solo cinco procesados, dicha desacumulación pone de manifiesto que por la naturaleza de las imputaciones ventiladas en el proceso seguido contra el recurrente era posible seguir varios procesos distintos con menos imputados, lo que en definitiva haría menos complejo el proceso penal. Sin embargo, que siendo ello posible, llama la atención que la referida desacumulación se haya dado recién a partir del año 2007, cuando el proceso penal tenía ya seis años de iniciado. De modo tal que es posible advertir que en el presente caso, la gran cantidad de imputados, elemento que incidió en gran medida en la complejidad del proceso, en realidad constituye una imputable al propio órgano jurisdiccional.
32. Finalmente, en cuanto a la actuación procesal del imputado, cabe señalar que de los actuados no se aprecia ninguna actuación dilatoria por parte del recurrente, lo que tampoco ha sido indicado en el referido informe expedido por la presidenta de la Sala Penal emplazada. En este sentido, se advierte que la excesiva duración del proceso no puede ser imputada al procesado, sino más bien ha sido



consecuencia de una tramitación negligente del proceso por parte del órgano jurisdiccional, quien de modo innecesario inició un proceso penal con gran cantidad de imputados, a pesar de existir la posibilidad real de una desacumulación. Es por ello que la demanda debe ser estimada en este extremo.

La protección del plazo razonable y sus consecuencias.

33. Habiéndose advertido en el presente caso que se ha producido una vulneración del derecho al plazo razonable del proceso, corresponde ahora determinar cuál es la consecuencia que se desprende de dicha estimatoria. Al respecto, no deberá perderse de vista en ningún momento la finalidad que inspira a los procesos constitucionales de la libertad, esto es “... *proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional...*”. En este sentido, la solución a la que se arribe deberá expresar consecuencias jurídicas concretas en la situación del recurrente.
34. La doctrina y jurisprudencia internacional nos muestran que la temática que nos ocupa no ha sido nada pacífica, habiéndose argumentado diversas posturas, las mismas que aquí resumimos: a) *Las compensatorias* que a su vez pueden ser internacionales, civiles o penales; b) *Las Sancionatorias* las que pueden ser de orden administrativo-disciplinaria y penales orientándose a reprimir la conducta dilatoria de las autoridades judiciales; y, c) *Las procesales* que son tanto la nulidad como el sobreseimiento.
35. En cuanto a las medidas de tipo compensatorio, éstas importan la materialización de un conjunto de mecanismos tendientes a resarcir al imputado por el “daño” causado como consecuencia de una demora excesiva en el juzgamiento, las que pueden traducirse en el pago de una suma dineraria (civil) o en algún tipo de indulto o perdón (penal). Dichas medidas a juicio de este Colegiado no se condicen con el carácter restitutorio de los procesos constitucionales de la libertad. Asimismo, una protección que sólo implique medidas de esta naturaleza podría significar la vigencia de actos emitidos en violación de derechos fundamentales, lo que no se condice con el deber estatal de protección de derechos fundamentales derivado del artículo 44° de la Constitución Política del Perú.
36. Por su parte las soluciones sancionatorias se plasman a través de la imposición de medidas administrativas de carácter sancionatorio contra los responsables de la violación del derecho al plazo razonable. Al respecto, este tipo de consecuencias sólo representan una garantía de carácter secundario, ya que no reaccionan procesalmente contra la violación del derecho en cuestión, sino contra los culpables de la infracción representando dichas posturas únicamente medidas de carácter *preventivo general* (para todos los funcionarios que tienen dentro de sus atribuciones materializar la jurisdicción). Por ello es que este Colegiado llega a la conclusión que esta clase de soluciones se apartan de la esencia misma de los procesos constitucionales, consecuentemente no puede ser de recibo como solución del presente proceso.
37. Habiendo quedado descartadas las posibles medidas de soluciones de tipo compensatorias y sancionatorias de la presente resolución, es conveniente aquí efectuar un análisis de la última de las posturas a las que hace referencia la



doctrina y verificar si esta se condice con los fines de los procesos constitucionales.

38. A juicio de este Colegiado Constitucional, el principio de presunción de inocencia (artículo 2,24.e de la Constitución) constituye un estado de inocencia que sólo puede ser desvirtuado a través de una sentencia expedida en un proceso legítimo en el que se hayan respetado todas las garantías. En efecto, sólo con el respeto inmaculado de todas las garantías judiciales del imputado se puede fundar la legitimidad constitucional de una sentencia judicial. Por ello la ausencia de una de estas garantías constituirían una falta de justificación para la legitimación persecutoria del Estado o si se quiere la materialización del *ius puniendi estatal*.
39. Es por ello que la violación del derecho al plazo razonable, que como ya se ha dejado dicho es un derecho público subjetivo de los ciudadanos, limitador del poder penal estatal, provoca el nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal fundada en la ***pérdida de la legitimidad punitiva*** derivada del quebrantamiento de un derecho individual de naturaleza fundamental. Sostener lo contrario supondría, además, la violación del principio del Estado Constitucional de Derecho, en virtud del cual los órganos del Estado sólo puede actuar en la consecución de sus fines dentro de los límites y autorizaciones legales y con el respeto absoluto de los derechos básicos de la persona. Cuando estos límites son superados en un caso concreto, queda revocada la autorización con que cuenta el Estado para perseguir penalmente.
40. En al sentido, en el caso de autos, en el que se ha mantenido al recurrente en un estado de sospecha permanente y sin que –como se ha visto a lo largo de la presente sentencia- las circunstancias del caso justifiquen dicha excesiva dilación, el acto restitutorio de la violación del derecho al plazo razonable del proceso consistirá en la exclusión del recurrente del proceso penal.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda de hábeas corpus, por haberse acreditado la vulneración del derecho al plazo razonable.
2. Disponer que la Sala penal emplazada excluya al recurrente del proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito.
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda de hábeas corpus en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.



**MESÍA RAMIREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ**
