

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL



TESIS DOCTORAL

TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL DE LOS INCREMENTOS  
PATRIMONIALES INJUSTIFICADOS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEGISLACIÓN  
PARAGUAYA Y SU PROBLEMÁTICA DOGMÁTICO-CONSTITUCIONAL

PABLO ANDRÉS ROJAS PICHLER

DIRECTOR: PROF. DR. EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS

SALAMANCA, 2013



## ÍNDICE SISTEMÁTICO

ABREVIATURAS .....	9
INTRODUCCIÓN .....	15

### Capítulo I ASPECTO FENOMENOLÓGICO DE LA CORRUPCIÓN

1. Planteamiento general del fenómeno de la corrupción.....	25
2. ¿Qué se entiende por corrupción? .....	32
3. Elementos y características de los actos de corrupción.....	34
4. Iniciativas e instrumentos supranacionales más importantes en materia de corrupción .....	39
5. La corrupción pública.....	40
6. El costo de corromperse .....	45
7. Los delitos de cuello blanco y sus relaciones con la corrupción.....	47
8. Causas de la corrupción.....	51
9. Efectos de la corrupción .....	56
10. Propuesta para desalentar a las prácticas corruptas en la función pública .....	59

### Capítulo II LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO OBJETO DE TUTELA AFECTADO POR LA CORRUPCIÓN

1. Consideraciones generales .....	63
2. La función pública.....	63
3. Aspectos de la función pública.....	67
3.1. Función pública objetiva .....	67
3.1.2. Elementos.....	69
3.1.2.1. Interés público .....	69
3.1.2.2. Servicio público .....	72
3.2. Función pública subjetiva .....	74
3.2.1. Elementos.....	77
3.2.1.1. El órgano.....	78
3.2.1.2. El cargo o función.....	78
3.2.1.3. El funcionario público .....	79
4. El bien jurídico protegido en los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas .....	82
4.1. El bien jurídico.....	83
4.2. Funciones del bien jurídico .....	87
4.2.1. Función de garantía.....	87
4.2.2. Función de legitimación.....	89
4.2.3. Función teleológica o dogmática .....	90
4.2.4. Función sistemática.....	91
4.3. Concepto material de bien jurídico .....	91
4.3.1. Teorías constitucionales.....	91
4.3.2. Teorías sociológicas.....	94
4.3.3. Opinión personal sobre el concepto material de bien jurídico .....	98
4.4. La función pública como bien jurídico y su necesidad de protección penal.....	100
4.5. Aspecto tutelado del bien jurídico por los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas.....	103
4.5.1. Abuso de poder .....	103

4.5.2. Infracción de los deberes del cargo.....	104
4.5.3. El prestigio y la confianza general en la función pública .....	106
4.5.4. El correcto funcionamiento de la función pública .....	107
4.5.5. Opinión personal.....	109
5. La función pública y su consideración como bien jurídico supraindividual .....	111
5.1. Rasgos de los bienes jurídico supraindividuales .....	114
5.2. Equiparación jerárquica o preeminencia entre bienes jurídicos individuales y supraindividuales .....	117
6. Determinación de la modalidad de ataque al bien jurídico. Los delitos de peligro abstracto .....	119
7. Críticas a la técnica de los delitos de peligro abstracto .....	121
8. Propuestas de legitimación de esta clase de delitos .....	122
8.1. Demostración judicial de la peligrosidad de la acción .....	123
8.2. Reinterpretación de principio de lesividad.....	125
8.3. Presencia de un bien jurídico suficientemente valioso.....	128

### **Capítulo III**

## **LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA INTERNACIONAL**

### **POLÍTICA E INICIATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL CONTRA LOS INCREMENTOS PATRIMONIALES INJUSTIFICADOS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA**

1. Los incrementos patrimoniales injustificados en la función pública y su respuesta jurídico-internacional .....	131
2. Principales documentos internacionales en material de corrupción que incluyen al delito de enriquecimiento ilícito.....	135
2.1. Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC).....	136
2.1.1. El delito de enriquecimiento ilícito en la CICC. Art. IX .....	137
2.1.2. Requisitos objetivos .....	138
2.1.2.1. Incremento del patrimonio de un funcionario público.....	138
2.1.2.2. Incremento patrimonial excesivo con respecto a los ingresos legales del funcionario público durante el ejercicio de sus funciones.....	139
2.1.2.3. Que no pueda ser razonablemente justificado .....	140
2.1.3. Aciertos y desaciertos en la configuración del Art. IX de la CICC .....	141
2.2. Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) .....	142
2.2.1. El delito de enriquecimiento ilícito en la CNUCC. Art. 20 .....	143
2.2.2. Consideraciones acerca de los requisitos objetivos .....	144
2.3. Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la Corrupción (CUAC).....	146
3. La cláusula de salvaguarda y su procedimiento de aplicación .....	148
4. Estado actual sobre la aplicación del delito de enriquecimiento ilícito por los Estados contratantes de los convenios internacionales contra la corrupción.....	152

### **Capítulo IV**

## **MECANISMOS JURÍDICO-ADMINISTRATIVOS PARA LA PROTECCIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**

### **PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA FRENTE A LOS INCREMENTOS PATRIMONIALES INJUSTIFICADOS DE LOS FUNCIONARIOS COMO HECHOS SOCIALMENTE DESVALORADOS**

1. Mecanismos de control administrativo previstos en la legislación paraguaya tendientes a neutralizar los incrementos patrimoniales injustificados de los funcionarios.....	157
2. Políticas socializadoras implementadas en la función pública.....	158
3. Instituciones y medios de control previstos en el ordenamiento jurídico administrativo.....	159

3.1. Régimen legal de la función pública. Ley N° 1626 del año 2000 .....	159
3.2. La Contraloría General de la República (CGR) .....	164
3.2.1. La declaración jurada de bienes y rentas.....	166
3.2.2. Recepción y creación de un registro de las declaraciones juradas .....	171
3.2.3. Elaboración de exámenes de correspondencia .....	171
4. La declaración jurada de bienes y rentas en el derecho comparado y su eficacia como mecanismo preventivo contra hechos de corrupción .....	174
4.1. Argentina.....	174
4.2. Brasil .....	175
4.3. Chile.....	176
4.4. Costa Rica .....	177
4.5. Perú .....	178
4.6. El Salvador.....	179
4.7. Estados Unidos de Norteamérica .....	179
4.8. Francia.....	180
4.9. España.....	181
4.9.1. Régimen electoral general. LO 5/1985 .....	182
4.9.2. Régimen de conflictos de intereses de los miembros del gobierno y de altos cargos de la administración general del Estado. Ley 5/2006.....	184
4.9.3. Normativa sobre bases del régimen local. Ley 7/1985 .....	186
5. Régimen disciplinario en la función pública paraguaya.....	187
5.1. Faltas y sanciones administrativas previstas en la LFPP .....	190
5.2. El sumario administrativo .....	192
5.3. El procedimiento del sumario .....	193
6. Otros organismos administrativos que coadyuvan al descubrimiento y persecución de incrementos patrimoniales injustificados .....	195
7. Valoración del sistema administrativo paraguayo como mecanismo preventivo contra los hechos de corrupción pública y los incrementos patrimoniales injustificados de los funcionarios. Aspectos positivos y negativos .....	197

## **Capítulo V**

### **ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LOS INCREMENTOS PATRIMONIALES INJUSTIFICADOS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA**

1. En Roma: el crimen repetundarum.....	203
1.1. La Lex Iulia Repetundarum .....	205
1.2. Síntesis de la Lex Iulia Repetundarum.....	206
1.3. Valoración de los aportes del Derecho romano .....	207
2. Leyes administrativas para los Reinos de las Indias (Siglo XVII).....	208
3. La prevención y represión de los incrementos patrimoniales injustificados en la actualidad. Su reaparición como herramienta político criminal contra la delincuencia relacionada con la corrupción pública, el tráfico de drogas y la criminalidad organizada.....	210
3.1. Su planteamiento en Latinoamérica .....	210
3.2. Su planteamiento en los países de la Unión Europea.....	216
4. Fundamentos que han impulsado la prohibición de los enriquecimientos patrimoniales injustos .....	232
4.1. Consideración de “principio” a la prohibición de enriquecimiento injustos.....	232
4.2. Críticas de la doctrina hacia la consideración de principio a la prohibición de los enriquecimientos injustos.....	233
4.3. Réplica a estas críticas .....	233
4.4. La prohibición general de enriquecimientos patrimoniales injustos como principio general del Derecho .....	234
5. La prohibición de enriquecimientos injustos y su recepción por el Derecho penal .....	237
5.1. Consideraciones generales .....	237

5.2. Situaciones de injusticia material que fundamentan la ilicitud de los incrementos patrimoniales injustificados de los funcionarios.....	238
5.2.1. Ambiente de desigualdad dentro de la función pública .....	239
5.2.2. La intromisión del funcionario en los derechos de terceros mediante acciones antijurídicas .....	240
5.2.3. El enriquecimiento como consecuencia de delitos impunes contra la función pública que se realizan de forma subrepticia .....	242
6. Elementos de la teoría del enriquecimiento injusto o sin causa que han sido tomados en cuenta por el legislador para tipificar el delito de enriquecimiento ilícito .....	243
6.1. Enriquecimiento patrimonial.....	243
6.2. Empobrecimiento de otra persona.....	244
6.3. Relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento .....	245
6.4. La falta de causa de los enriquecimientos injustos del Derecho civil y la ilicitud de los enriquecimientos de los funcionarios en el Derecho penal .....	247

## **Capítulo VI**

### **LA INCRIMINACIÓN DE LOS ENRIQUECIMIENTOS PATRIMONIALES INJUSTIFICADOS DE LOS FUNCIONARIOS EN LA VIGENTE LEGISLACIÓN PENAL**

#### **EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO PREVISTO Y PENADO EN LA LEY N° 2523 DEL AÑO 2004**

1. Antecedentes nacionales .....	249
2. El código penal de 1997 y la tipificación del nuevo delito de enriquecimiento ilícito en la Ley N° 2523 del año 2004 .....	252
3. Fundamentos político criminales que han motivado la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito. Exposición de motivos de la Ley N° 2523/04 .....	256
3.1. El desfasado DL N° 448/40 y la cuestionabilidad sobre su legitimidad.....	256
3.2. Ineficiencia del sistema preventivo administrativo y penal .....	257
3.3. El cumplimiento de obligaciones internacionales .....	257
4. La substitución en la Ley N° 2523/04 del término ilegítimo por el de ilícito .....	258
5. Estructura normativa del delito de enriquecimiento ilícito en la Ley N° 2523/04 .....	262
6. El bien jurídico protegido por el delito de enriquecimiento ilícito y la determinación del ámbito de tutela.....	263
7. Configuración del tipo de injusto .....	271
7.1. El sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito: el funcionario público.....	272
7.1.1. El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial propio.....	273
7.1.2. El concepto de funcionario público dispuesto en el código penal paraguayo.....	276
7.1.3. El concepto de funcionario público dispuesto en la Ley N° 2523/04 aplicable al delito de enriquecimiento ilícito .....	281
7.1.4. El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial impropio.....	284
7.2. Ámbito temporal en que debe realizarse la conducta punible.....	286
7.3. La conducta típica .....	290
7.3.1. Punto de partida: el patrimonio .....	292
7.3.2. Modalidades de la conducta típica .....	294
7.3.2.1. Modalidad positiva de la conducta punible: El incremento patrimonial.....	295
7.3.2.2. Modalidad negativa de la conducta punible: La cancelación de deuda o la extinción de obligaciones .....	300
7.3.2.3. Los elementos descriptivos de las modalidades de enriquecimiento positivo y negativo .....	302
7.3.2.4. Otros comportamientos que se consideran típicos de acuerdo a las modalidades de conducta del delito de enriquecimiento ilícito.....	305
7.3.3. La ilicitud del enriquecimiento. Las legítimas posibilidades económicas del funcionario público y su consideración como elemento normativo .....	312

7.3.3.1. Los objetos de valoración para conocer el modelo de prohibición: Los ingresos y egresos.....	314
7.3.3.2. El método para determinar la ilicitud del enriquecimiento.....	316
7.3.3.3. La entidad del enriquecimiento .....	320
7.3.4. La no justificación del enriquecimiento patrimonial considerado ilícito.....	323
7.3.4.1. El enriquecimiento ilícito y su consideración como delito de omisión.....	324
7.3.4.2. El enriquecimiento ilícito y su consideración como delito de comisión. La caracterización de la justificación como condición objetiva de punibilidad.....	327
7.3.4.3. El sentido y alcance del concepto «justificación» y su aplicación al delito de enriquecimiento ilícito.....	332
7.3.4.4. La no justificación del enriquecimiento y el papel que desempeña en el delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04 .....	334

## **Capítulo VII**

### **CUESTIONES RELEVANTES DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO CON RESPECTO A DETERMINADAS INSTITUCIONES DE LA PARTE GENERAL**

1. El delito de enriquecimiento ilícito y los problemas derivados de la relación de causalidad. Su consideración como «delito de resultado con causalidad presunta» .....	343
2. El delito de enriquecimiento ilícito y su consideración como delito de sospecha .....	346
3. El delito de enriquecimiento ilícito y su consideración como delito subsidiario .....	353
4. Autoría y participación.....	357
4.1. Autoría directa o inmediata.....	358
4.2. Autoría mediata.....	359
4.3. La coautoría.....	361
4.4. La intervención de particulares en los delitos especiales .....	363
4.5. La participación en el delito de enriquecimiento ilícito: instigación y complicidad.....	366
4.6. Estudio de un caso particular: la SDTS N° 215 de fecha 31 de julio de 2007 .....	372
5. Momento de la consumación.....	376
6. Formas imperfectas de ejecución. La tentativa .....	378
7. Aspecto subjetivo .....	381
8. El error de tipo y de prohibición. Su aplicación al delito de enriquecimiento ilícito .....	385
9. Marco penal y otras consecuencias del delito .....	390
10. El comiso de bienes como consecuencia accesoria del delito de enriquecimiento ilícito .....	396
11. El delito de enriquecimiento ilícito y sus relaciones concursales con otras figuras penales.....	404

## **Capítulo VIII**

### **EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y SU ADECUACIÓN A LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN**

1. Consideraciones previas.....	409
2. El delito de enriquecimiento ilícito y su adecuación a los principios jurídico penales de naturaleza sustantiva .....	413
2.1. Con relación al principio de determinación legal.....	413
2.2. Con relación al principio de lesividad u ofensividad .....	423
2.3. Con relación al principio de proporcionalidad .....	430
2.4. Con relación al principio de culpabilidad .....	441
3. El delito de enriquecimiento ilícito y su adecuación a los principios de naturaleza procesal consagrados en la constitución.....	447

3.1. Con relación al derecho a la presunción de inocencia.....	453
3.2. Con relación al derecho a no declarar contra si mismo (nemo tenetur se ipsum accusare) .....	468
4. ¿Es inconstitucional el delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04? .....	473
CONCLUSIONES .....	483
BIBLIOGRAFÍA.....	495
APÉNDICE: .....	535
- Ley N° 2523/04 “Que previene, tipifica y sanciona el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y el Tráfico de Influencias”.	
- Proposición de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en la que se propone la incorporación del delito de Enriquecimiento Injusto de Autoridades y Funcionarios Públicos.	



## ABREVIATURAS

ADDUI	Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
AFDUC	Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña.
Art(s).	Artículo(s).
AyS	Acuerdo y Sentencia.
BM	Banco Mundial.
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica).
CCE	Código Civil Español.
CCPyo	Código Civil Paraguayo.
CE	Constitución Española de 1978.
CEDH	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.
CGR	Contraloría General de la República del Paraguay.
CICC	Convención Interamericana contra la Corrupción.
CIFP	Carta Iberoamericana de la Función Pública.
CIVC	Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.
CN	Constitución Nacional.
CNP	Constitución Nacional Paraguaya de 1992.
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
CP	Código Penal.
CPC	Cuadernos de Política Criminal.
CPE	Código Penal Español.
CPPyo	Código Penal Paraguayo de 1997.
CprocPPyo	Código Procesal Penal Paraguayo de 1998.
CSJ	Corte Suprema de Justicia (varios países).
CSJP	Corte Suprema de Justicia del Paraguay.
CUAC	Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción.
CV (1986)	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones internacionales de 1986.
DL N° 448/40	Decreto-Ley “Que Previene y Reprime el Enriquecimiento Ilícito”, de fecha 18 de marzo de 1940.

DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU) de 1948.
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público. LO 7/2007 de fecha 12 de abril.
Ídem pág.	Misma página.
Ley N° 1618/00	De Concesiones de Obras y Servicios Públicos.
Ley N° 2523/04	Que Previene, Tipifica y Sanciona el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y el Tráfico de Influencias.
LFPP	Ley de la Función Pública del Paraguay.
LO	Ley Orgánica.
LOMP	Ley 1562/00. Orgánica del Ministerio Público de Paraguay.
NGP	Nueva Gestión Pública.
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
OEA	Organización de Estados Americanos.
op. cit.	Obra Citada.
pág. (s)	Página(s).
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos (ONU) de 1966.
RAE	Real Academia Española.
RAP	Revista Actualidad Penal.
RCHD	Revista Chilena de Derecho.
RCJ	Revista Cuadernos Jurídicos.
RCRP	Revista Claves de Razón Práctica.
RCS	Revista de Ciencias Sociales.
RCyR	Revista Cuenta y Razón.
RDA	Revista de Documentación Administrativa.
RdDP	Revista de Derecho Penal.
RDJ	Revista Documentación Jurídica.
RDP	Revista Doctrina Penal.
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología.
RDProc.	Revista de Derecho Procesal.
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo.
REP	Revista de Estudios Políticos.
REPC	Revista de Estudios Penales y Criminológicos.
RFDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

RFDUNAM	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RIDC	Revista del Instituto de Derecho Comparado.
RInt.CA.	Revista Internacional de Ciencias Administrativas.
RJC	Revista Jurídica de Cataluña.
RJCL	Revista Jurídica de Castilla y León.
RJCM	Revista Jurídica de Castilla La Mancha.
RJLL	Revista Jurídica La Ley.
RJPLD	Revista Jueces por la Democracia.
RjusP	Revista de la Justicia Penal (Chile).
RNPP	Revista Nuevo Pensamiento Penal.
RP	Revista Penal.
RPC	Revista de Política Criminal.
RPJ	Revista del Poder Judicial.
SDTS	Sentencia Definitiva del Tribunal de Sentencia de Asunción (Paraguay).
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional de España.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo de España.
TAC	Tribunal de Apelaciones en lo Criminal de Asunción (Paraguay).
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TI	Transparencia Internacional.
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia.
UNODCCP	Oficina de las Naciones Unidas para el Control de Drogas y la Prevención del Crimen.
Vid.	Véase.
Vol.	Volumen.



*“Los funcionarios públicos no pueden disponer de las rentas sin responsabilidad: no pueden gobernar a impulsos de una voluntad caprichosa, sino con sujeción a las leyes; no pueden improvisar fortunas ni entregarse al ocio y a la disipación, sino consagrarse asiduamente al trabajo, disponiéndose a vivir en la honrada medianía que proporciona la retribución que la ley señala”.*

Benito Juárez (1806-1872)  
Presidente de la República de México



## INTRODUCCIÓN

El día 4 de diciembre de 2006 la sociedad paraguaya tomó conocimiento por los medios de comunicación de la condena de 8 años de pena privativa libertad que fue impuesta al ExPresidente de la República José Luis González Macchi por el hecho punible de enriquecimiento ilícito. Este caso, que adquirió un masivo protagonismo mediático durante los tres años que duró el proceso penal, tuvo su inicio en el descubrimiento por parte del ministerio público de una cuenta secreta en el banco BBVA Privanza de Zurich que fue abierta a nombre del ex mandatario durante el ejercicio de su cargo (1999-2003) conteniendo más de un millón de dólares americanos, monto que no fue consignado por el condenado en sus respectivas declaraciones juradas de bienes y rentas. El escándalo producido en los ciudadanos no fue tanto por la apertura secreta de una cuenta corriente en un país extranjero, sino por la injustificada relación existente entre el cuantioso monto depositado en la cuenta bancaria y el único ingreso legal que el ordenamiento jurídico concede al que ostenta el cargo de Presidente de la República.

Aunque nunca se había condenado por corrupción a un Expresidente, hechos igualmente graves como este siempre han formado parte de la historia pasada y reciente del Paraguay. Desafortunadamente quien revise los periódicos no necesita mucho tiempo para toparse con titulares sobre casos de corrupción, existiendo cada día noticias sobre pagos de coimas, la realización incorrecta de procesos de licitación para beneficiar a una persona o empresa en particular, el constante despilfarro de dinero público, y como si fuera poco, la abrupta e inexplicable ostentación de grandes fortunas en poder de funcionarios públicos durante el ejercicio de sus cargos. Este panorama de poca transparencia e ingobernabilidad refleja el escaso interés que el Estado ha dado al problema de la corrupción, lo cual significa un total desprecio hacia la democracia y los intereses generales, circunstancia que ha producido en los ciudadanos un clima de descontento generalizado que tiene importantes efectos negativos en el Estado de Derecho que se manifiestan en la pérdida de credibilidad de las decisiones del gobierno y una cada vez más desconfianza en las instituciones públicas. Pero siendo sinceros, esta situación es causada en gran parte por el poco grado de desarrollo cívico que vive el país desde hace décadas tanto de los que gobiernan como de los propios ciudadanos.

Puede decirse que el Paraguay es uno de los países que más ha sufrido los embates de la corrupción debido especialmente al sistema de gobierno dictatorial al que fue sometido durante más de 35 años (1954-89), que se destacó por la informalidad, el nepotismo, el prebendarismo y en el que la corrupción estaba propiamente regulada desde el mismo Estado. Una vez instaurada la democracia se empezó a realizar grandes cambios con el fin de poner fin a la administración pública teñida de corrupción que caracterizó al sistema de gobierno anterior, como la sanción de una nueva Constitución (1992), la firma de convenios internacionales sobre derechos humanos y una exhaustiva reforma estructural del Estado. Sin embargo, en los últimos años la corrupción pública se ha ido incrementado hasta alcanzar niveles tan altos que se extienden en todos los ámbitos de la vida social, desde la economía privada hasta la administración central, lo cual se refleja en el índice de percepción de la corrupción del año 2013 de TI que ubica al Paraguay en el puesto 150 de entre 175 países. A pesar de los cambios producidos la realidad del país no cambiado, de ahí que el gran escritor Augusto Roa Bastos haya afirmado con acierto que “el infortunio se ha enamorado del Paraguay”.

Desde la instauración del Estado moderno hasta nuestros días, la función pública ha sido una institución sumamente importante para el desarrollo del individuo, ya que ésta cumple en la realidad social la función de garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos a los hombres. Esta tarea se encuentra actualmente prevista de forma taxativa en las Constituciones que encomiendan a la función pública de cada país la satisfacción de las necesidades públicas de los ciudadanos a través de la proyección, realización y salvaguarda de

los servicios públicos. No obstante, ha existido durante toda la vida del hombre y con más auge en la actualidad, un fenómeno que afecta a nuestra forma de convivencia social y de manera significativa a la estructura del Estado: la corrupción. Este fenómeno se presenta como un grave problema de implicaciones económicas, jurídicas, institucionales y éticas que repercuten negativamente en las sociedades democráticas cuya pluralidad de factores y efectos impiden el correcto desenvolvimiento de las funciones públicas estatales.

En efecto, el sistema social que más afecta la corrupción es la función pública, porque ataca directamente al funcionario público –elemento principal de esta organización pública–, seduciéndolo a que abuse del poder que le confiere su cargo público o a que se desvíe de sus deberes funcionales a cambio de la obtención de una ventaja personal indebida. Estas conductas constituyen un ejercicio irregular de las actividades encomendadas a los funcionarios públicos que ponen en peligro las bases del propio Estado Social y Democrático de Derecho al crear situaciones de desigualdad en la misma organización funcionarial, y por sobre todo, al obstaculizar la debida consecución de los intereses generales. Pero la pregunta que surge es ¿por qué el funcionario público se aparta de sus deberes institucionales para buscar un beneficio a través de practicas corruptas? Tal vez la respuesta es obvia, el funcionario tiene necesidades básicas no sólo propias sino también familiares que debe satisfacer y en muchos Estados las políticas retributivas públicas son deficientes, pues ofrecen a sus destinatarios un salario insuficiente para mantener un nivel de vida digno, a lo que debe sumarse otros factores como la falta de capacitación y reforzamiento periódico normativo de los deberes funcionales que impiden a los funcionarios públicos la obtención de una sólida cultura administrativa que sirva de sólido muro de contención contra la corrupción. A consecuencia de estos factores ha surgido en los servidores públicos un creciente ánimo de lucro desmedido, pues ya no solo buscan los mínimos requerimientos económicos personales y familiares, sino que la codicia y la ostentación de bienes materiales es para ellos una motivación de primer orden. Como expresa BIELSA, hay que diferenciar el hecho de aprovechar la función pública para lograr un sueldo, del hecho mucho más grave de procurar por todos los medios el logro de un cargo público para enriquecerse ilícitamente.

Para contrarrestar el fenómeno que hacemos referencia, los Estados han ideado una serie de medidas estatales estrechamente vinculadas con el Derecho administrativo como son los estatutos de funcionarios o el procedimiento de declaración jurada de bienes y rentas –siendo este último un régimen de información general surgido en los EE.UU. en los años 70 a consecuencia del famoso caso Watergate con el cual se empezó a exigir a determinados funcionarios de cierta categoría la revelación pública de sus estados patrimoniales de forma anual–, pero especialmente con el Derecho penal a través de la introducción en los códigos penales de un capítulo específico que contempla los delitos con los cuales el legislador responsabiliza penalmente determinados comportamientos irregulares de los funcionarios públicos que afectan gravemente el correcto desenvolvimiento de las funciones públicas, lo que constituye el denominado «Derecho penal de la función pública». Sin embargo, en muchos países, específicamente de Latinoamérica, los altos índices de corrupción indican que esta actividad estatal dirigida a controlar la actividad de los miembros de la función pública ha fracasado, en gran parte debido a que los agentes corruptos se han beneficiado de la globalización y de los avances de la tecnología para crear nuevas formas de corrupción que no sólo escapan de la regulación legal establecida en los tipos penales previstos en el código, sino también son de difícil acreditación judicial por parte de los órganos de persecución penal.

Si bien el acto de corrupción tiene la característica de ser subrepticio, la idea de su comisión no pasa desapercibida a la opinión pública por la frecuencia con la que los funcionarios públicos incrementan sus patrimonios sin que los mismos puedan ser justificados por vía de sus ingresos legales y otras fuentes de renta por ellos declarados, hecho que hace



presumir el carácter ilícito de esos enriquecimientos por tener origen en algún acto disfuncional cometido durante el ejercicio del cargo. Por otra parte, la experiencia nos demuestra que muchas personas ingresan a la función pública con un patrimonio insignificante o con grandes deudas, y al poco tiempo de ejercer su cargo empiezan a cancelar obligaciones o a adquirir bienes cuyo valor sobrepasa varias veces el salario que percibe. Esta deducción parte del puro sentido común de los ciudadanos, pues en todo Estado la remuneración de los funcionarios se encuentra fija en la ley de acuerdo al cargo y jerarquía que poseen, y además se les permite la obtención de otras rentas que sean compatibles con el ejercicio del cargo (siempre que estén debidamente consignadas en su declaración jurada de bienes y rentas), siendo fácil estimar razonablemente la variación de su patrimonio. De esta manera, si un funcionario público posee bienes durante el ejercicio de su cargo que superan excesivamente su capacidad económica y no acredita haberlos obtenido por los medios establecidos en la ley, se crea la sospecha de que han sido adquiridos a través de fuentes de dudoso origen que tienen relación con un hecho delictivo funcional.

Los encargados de las políticas en la función pública se han dado cuenta que estas situaciones patrimoniales injustificadas constituyen un mal ejemplo tanto para los ciudadanos como para los miembros de la función pública que cumplen fielmente las funciones de su cargo y viven honestamente de sus remuneraciones legales, ya que se verían tentados a utilizar indebidamente sus cargos para procurarse mayores riquezas. Esta idea queda claramente reflejada en la Sentencia C-374 de fecha 13 de agosto de 1997 emanada de la Corte Constitucional de Colombia: “El enriquecimiento ilícito ha sido un factor de corrupción social en Colombia, no sólo por lo que implica el delito en sí mismo, sino porque quienes lo cometen hacen ostentación ante los demás con bienes lujosos que en verdad no les pertenecen y que no fueron obtenidos como fruto del trabajo honrado. De esta situación de impunidad se ha derivado un ejemplo letal para la comunidad. Los ciudadanos se sienten desestimados en frente al esfuerzo de buscar sustento y progreso en actividades legales que no traen como compensación la fácil obtención de bienes costosos, cuando al tiempo ven expuestas ante sus ojos las riquezas conseguidas de forma fácil y rápida por quienes infringen la ley”.

Como no puede ser de otra manera, estos hechos producen en la sociedad un sentimiento de inseguridad que es creado por la incapacidad de la administración de justicia (Poder Judicial y Ministerio Público) para esclarecer y descubrir los hechos ilícitos con cuales los funcionarios públicos se enriquecen indebidamente. Para potenciar la lucha contra la corrupción de los funcionarios públicos y los mecanismos de recuperación de los bienes ilícitos por ellos obtenidos, el legislador latinoamericano decidió recurrir a la creación de un nuevo delito denominado “enriquecimiento ilícito” que incrimina un hecho fácil de probar y que además hace presumir la comisión de un hecho delictivo relacionado con el ejercicio del cargo público, que es el «excesivo incremento patrimonial injustificado de un funcionario público». El núcleo central del delito consiste en la exigencia dirigida al funcionario de justificar el origen lícito de su enriquecimiento patrimonial, circunstancia que cumple una función muy práctica al simplificar la tarea del ministerio público de probar la comisión y culpabilidad de un hecho punible, ya que la omisión de justificación substituye la comprobación judicial del supuesto hecho delictivo con el cual el agente se enriquece. Es decir, si el funcionario público no demuestra el origen lícito de su incremento patrimonial se tiene por cierto que ha cometido un hecho delictivo durante el ejercicio de su cargo.

La decisión de recurrir al Derecho penal como *prima ratio* en vez de analizar otros medios menos gravosos para paliar la problemática antes citada, fue vista con buenos ojos por la administración de justicia, especialmente por los órganos de persecución penal, en vista a que el delito de enriquecimiento ilícito otorgaba solución inmediata al vacío existente en la legislación anticorrupción y a los problemas probatorios que hacen imposible comprobar el hecho ilícito con el cual los funcionarios públicos se enriquecen indebidamente. Así, esta iniciativa

legislativa fue introducida en las realidades jurídico-penales porque aparentemente ofrecía una mayor eficacia al *ius puniendi* en la lucha contra la corrupción pública. No obstante, este precepto penal fue objeto de un arduo análisis por parte de la doctrina que no tardó en presentar un fuerte rechazo a este planteamiento político criminal, pues era evidente que el legislador había elegido la técnica de los delitos de sospecha para configurar esta figura penal. Al funcionario público se le exige que justifique el origen lícito de los bienes que ha adquirido para desvirtuar la presunción de ilicitud que pesa sobre su patrimonio y así pueda liberarse de la pena, lo cual constituye un método legal que presenta deficiencias técnicas y dogmáticas, pero sobre todo, vulnera importantes derechos constitucionales del ciudadano como son el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra sí mismo y la prohibición de invertir la carga de la prueba en perjuicio del imputado.

La críticas que ha recibido el delito de enriquecimiento ilícito en cada país en que fue incriminado, que por cierto se han sustentado en respetables valoraciones jurídico-dogmáticas, no han sido tenidas en cuenta por los órganos encargados de conocer, interpretar y aplicar las leyes, es más, paulatinamente los máximos tribunales de justicia latinoamericanos han emitido cuestionados fallos judiciales declarando la constitucionalidad de este delito en base a interpretaciones acordes con la actual expansión irracional de la intervención penal. Esto refleja un claro interés del Poder Judicial en legitimar la decisión político criminal adoptada por el legislador, pues ignoran o desconocen la flagrante violación de los más preciados derechos reconocidos a los ciudadanos. Esto demuestra que los Estados han preferido asumir una postura que trata de vender a los ciudadanos una actitud implacable contra la corrupción pública desde el Derecho penal, que bien encaja en lo que SANCINETTI denomina “autodignificación indirecta” que significa que todo aquel que se crea virtuoso y en contra de este fenómeno defenderá el tipo penal de enriquecimiento ilícito porque denotaría un verdadero interés en la persecución de los funcionarios corruptos, y toda posición política, judicial o doctrinal que lo ataque sólo pretende amparar a los funcionarios deshonestos. Lo cierto es que esta discrepancia entre jurisprudencia y doctrina sobre la constitucionalidad de esta figura penal es un tema de debate que perdura hasta nuestros días.

La polémica suscitada entorno al delito en cuestión no fue obstáculo para que el mismo recibiese un fuerte impulso en el ámbito internacional, ya que tres de las más trascendentales convenciones sobre corrupción (CICC, CUAC y CNUCC) le han otorgado el carácter de importante herramienta jurídica contra este flagelo. Estas convenciones consideran al enriquecimiento ilícito como un acto de corrupción y promueven su penalización en los Estados contratantes desde la convicción de que el enriquecimiento patrimonial injustificado de los funcionarios públicos constituye un hecho particularmente nocivo para las democracias y el Estado Social y Democrático de Derecho. La dimensión internacional del Derecho penal que se presenta en el tratamiento de determinados delitos en convenios regionales o globales no es un hecho nuevo, pero lo que sí llama la atención es la promoción transnacional de un delito como el enriquecimiento ilícito cuya constitucionalidad está siempre en duda. El inacabable debate entre quienes defienden esta figura penal y quienes se oponen tuvo importantes consecuencias en las tratativas de los citados convenios, aceptándose su inclusión bajo la condición de que fuese acompañada de una cláusula de salvaguarda que subordine su tipificación en la legislación penal de un Estado contratante, siempre que la misma se adecue a la Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. De esta manera, la internacionalización del delito de enriquecimiento ilícito ha hecho que su tipificación sobrepase el ámbito nacional de los países latinoamericanos —cuna que vio nacer a este delito—, estando actualmente contemplado hasta en legislaciones penales de países del continente asiático y africano, inclusive hubo algunos intentos de tipificación por parte de ciertos Estados europeos, por ejemplo, Portugal.

Como se ha manifestado, los altos niveles de corrupción y las demandas sociales que exigen una mayor moralidad en la función pública, habían presionado al legislador paraguayo a recurrir a la incriminación de los enriquecimientos patrimoniales injustificados de los funcionarios públicos muchas décadas antes de la entrada en vigor de los convenios internacionales sobre corrupción, de ahí que el Paraguay puede ser considerado uno de los primeros países que ha otorgado una respuesta penal a la problemática surgida por estos hechos socialmente indeseables a través del Decreto Ley N° 448 del año 1940 que introdujo en la legislación penal el delito de enriquecimiento ilegítimo. Este precepto estuvo en vigencia durante más de sesenta años, y a partir de la década de los 90 quedó totalmente desfasado ya que muchas de sus disposiciones fueron derogadas por la CNP de 1992 y el CPPyo de 1997. Esta circunstancia, como también el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la firma y ratificación de las CICC y CNUCC, hicieron que el Estado paraguayo tenga la necesidad de reformar su legislación anticorrupción y, especialmente, la que hacía referencia a la represión de quienes en el ejercicio de un cargo público se enriquecen ilícitamente.

El objeto principal de esta tesis doctoral constituye el análisis jurídico-penal de la estructura típica del nuevo delito de enriquecimiento ilícito vigente en la legislación penal paraguaya por medio de la Ley Especial N° 2523 del año 2004 “Que previene, tipifica y sanciona el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y el Tráfico de Influencias”. Con ello se pretende identificar y establecer el contenido de los elementos que describen al tipo penal de enriquecimiento ilícito, como también sus implicaciones con los demás presupuestos del delito a fin de realizar desde esa perspectiva un examen crítico a la interpretación que los tribunales penales paraguayos han dado a esta figura penal. No obstante, sería imposible explicar cabalmente el tema que hemos decidido tratar sin la debida referencia a aspectos relevantes que permiten apreciar su verdadero alcance jurídico-social como el estudio fenomenológico de la corrupción desde la criminología, dado que los hechos de enriquecimiento ilícito tienen el carácter de actos de corrupción; la efectividad de los instrumentos administrativos que de forma previa al Derecho penal tienen aplicación para hacer frente a los incrementos patrimoniales injustificados de los funcionarios públicos; las implicancias y efectos que produce el delito de enriquecimiento ilícito en los principios penales sustantivos y procesales, y fundamentalmente, el estudio sobre su constitucionalidad.

La importancia del tema de análisis es indudable, pues el delito de enriquecimiento ilícito constituye un tema de actualidad en el contexto de los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas, el cual ha alcanzado en los últimos años un interesante debate en los países latinoamericanos sobre su constitucionalidad y vigencia como instrumento jurídico eficaz contra la corrupción. Sin embargo, el interés sobre su estudio no es privativo de estos países, habiendo adquirido relevancia en otros continentes gracias a la influencia de los convenios internacionales sobre corrupción. Además, tal como se demostrará en el desarrollo de este trabajo, el tema elegido refleja una contradicción entre «derechos fundamentales de los ciudadanos» y «objetivos de eficacia que debe alcanzar el *ius puniendi*», en la que los primeros ceden primacía a los segundos. Si bien las constituciones consagran una serie de postulados que protegen a toda persona sometida a proceso contra la pretensión penal del Estado, es evidente que el legislador conscientemente los ha vulnerado al diseñar la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito bajo elementos que caracterizan a un Derecho penal autoritario impulsado por simples demandas sociales de seguridad y efectividad. Por tanto, es de capital transcendencia determinar las razones que han llevado al legislador a sacrificar derechos fundamentales del hombre por la incriminación de una conducta delictiva plenamente arbitraria en el denominado “Derecho penal de la función pública”.

El tratamiento jurídico-penal del delito de enriquecimiento ilícito desde el ámbito de la legislación penal paraguaya se justifica en los siguientes motivos. En primer lugar, este delito

había generado muchas expectativas de convertirse en un instrumento que solucionaría el alto grado de impunidad generado por los efectos de la corrupción y las deficiencias del sistema penal, pero lo cierto es que al día de hoy presenta un marcado déficit de ejecución que se refleja en las pocas causas penales que se han resuelto desde que fue tipificado en la legislación penal (año 2004). Esta circunstancia sugiere que el delito de enriquecimiento ilícito es una simple respuesta simbólica a la criminalidad existente en la función pública. En segundo lugar, toda declaración de constitucionalidad que se emita sobre el delito de enriquecimiento ilícito debe hacerse desde el propio marco legal de cada país, pues todos los ordenamientos jurídicos se aplican a realidades sociales distintas. En ese sentido, se le puede criticar al Estado paraguayo la poca diligencia que ha tenido en relación al delito de enriquecimiento ilícito, ya que por un lado el Poder Legislativo no ha realizado a esta figura penal el previo y debido debate constitucional que demandan los tratados internacionales, y por otro, hasta la fecha la CSJ del Paraguay no ha emitido fallo alguno sobre su adecuación a la CNP. Ante tal doble omisión, esta tesis pretende adoptar una postura al respecto que será consecuencia directa de la comparación crítica entre la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523 del año 2004 y el modelo penal contenido en la Constitución. En tercer lugar, desafortunadamente en el Paraguay no se cuenta con trabajos monográficos que aborden de forma exhaustiva el análisis jurídico-penal del delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva de su derecho interno, en contraste con otros países de la región latinoamericana como Argentina, Colombia, Perú o México, en los que la doctrina ha elaborado un importante desarrollo científico en relación a esta figura penal. Modestamente se pretende dar el primer paso para que otros connacionales tomen conciencia de la importancia que reviste el estudio de este delito y se animen a investigar y enriquecer el debate que se deja abierto con este trabajo.

La elaboración del trabajo no fue nada sencillo por la escasez de bibliografía sobre la materia tanto en el Paraguay como en España. No obstante, esta dificultad no ha sido un obstáculo para la realización de esta investigación, ya que se ha podido identificar y analizar los elementos del delito en estudio teniendo en cuenta la interpretación de los tribunales penales paraguayos y los escasos artículos existentes en revistas jurídicas, pero por sobre todo, por los aportes de la literatura y jurisprudencia latinoamericana en aquellos aspectos que fuesen coincidentes y de utilidad, pues todos los tipos penales de enriquecimiento ilícito habidos en la región contienen en mayor o menor medida los presupuestos establecidos en los convenios internacionales sobre corrupción. En todo lo referente a temas dogmáticos se ha recurrido a fuentes del Derecho español, especialmente a la doctrina y a la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional, y así también a los aportes de la doctrina alemana, pues como se podrá apreciar, el CPPyo es copia casi exacta del código germano.

El complejo de cuestiones que suscita la persecución penal de los incrementos patrimoniales injustificados en la función pública, ha hecho que esta obra fuese dividida en ocho capítulos.

El **primer capítulo** aborda el aspecto fenomenológico de corrupción. Como es frecuente y lógico en todo trabajo que centra su objeto de investigación en un delito de funcionario público relacionado con hechos de corrupción, este capítulo tiene como punto de partida la determinación del concepto de corrupción, sus formas, elementos, causas, efectos, y sus relaciones con otros temas de investigación conexos como es la criminalidad de cuello blanco. La referencia a estos temas resulta imprescindible porque su contenido no sólo aporta algunas ideas para hacer frente a la corrupción distintas a las ya aportadas por las ciencias que la estudian, sino también permitirá comprender el núcleo central de los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas que es la desviación grave por parte de un funcionario de sus deberes institucionales durante el ejercicio de su cargo. Con ello se podrá dilucidar más adelante si las

conductas descritas en el tipo penal de enriquecimiento ilícito se identifican con estas desviaciones funcionales.

El **segundo capítulo** se refiere al análisis de la función pública como objeto de tutela afectado por la corrupción. Este capítulo propone realizar un estudio sobre la función pública como institución al servicio de los ciudadanos, su estructura y las funciones primordiales que cumple en los Estados modernos. Además, se aborda la consideración de la función pública como bien jurídico de los delitos que realizan los funcionarios en el ejercicio de sus cargos. Para ello se determina de forma previa el concepto material que debe contener el bien jurídico de acuerdo a los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho que ha adoptado la CNP, como así también sus funciones y relaciones que posee con el Derecho penal. Luego se estudia los fundamentos que justifican la necesidad de protección penal de la función pública y el aspecto de la misma que es vulnerado por las infracciones penales cometidas por los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, en cuya determinación se tomarán en cuenta las diversas teorías elaboradas al respecto por la doctrina española, alemana e italiana. Por último, se prestará atención a las características que hacen considerar a la función pública como un bien jurídico supraindividual, la problemática derivada de su tutela por medio de los delitos de peligro abstracto y las propuestas que la doctrina ha desarrollado para legitimar esta técnica legislativa.

El **capítulo tercero** trata de la lucha internacional de la corrupción, haciendo especial hincapié en las convenciones regionales y globales sobre corrupción que promueven la adopción de medidas legislativas de carácter penal para hacer frente a los incrementos patrimoniales injustificados en la función pública. En ese sentido, se determinan los elementos con los cuales las CICC, CUAC y CNUCC definen y caracterizan al delito de enriquecimiento ilícito. Especial importancia se otorga al contenido y efectos de la cláusula de salvaguarda que integra la norma que describe el delito de enriquecimiento ilícito, disposición que ha sido adherida para que cualquier Estado pueda abstenerse de tipificar dicha figura penal cuando esta obligación suponga un conflicto con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. Es importante matizar que la ubicación de este capítulo en la sistemática de este trabajo se justifica en que estos convenios sobre corrupción establecen los presupuestos que en mayor o menor medida deben ser tenidos en cuenta por los Estados que decidan tipificar el delito de enriquecimiento ilícito, como también disponen la aplicación de mecanismos preventivos de carácter administrativo íntimamente relacionados con esta figura penal, por lo que el grado de implementación de los mismos por parte del legislador paraguayo necesariamente deberá ser analizado en un capítulo posterior a éste.

En estricto cumplimiento del principio de intervención mínima, el **cuarto capítulo** analiza la efectividad de los mecanismos de control preventivo implementados por el Derecho administrativo paraguayo para disminuir la corrupción pública y los incrementos patrimoniales injustificados de los funcionarios públicos. Se examina el régimen legal de la función pública dispuesta en la Ley N° 1626 del año 2000, haciendo énfasis en la regulación de los deberes, obligaciones y prohibiciones establecidos a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Luego, y con especial atención, se estudia la importante función que realiza la Contraloría General de la República como institución de control del patrimonio de los miembros de la función pública, ya que a su cargo se encuentra la planificación, recepción, fiscalización y registro de las declaraciones juradas de bienes y rentas, como así también la elaboración del examen de correspondencia entre las diversas declaraciones presentadas por los funcionarios a lo largo de su vida funcional. Además, se acude al Derecho comparado para analizar el procedimiento de declaración jurada de bienes y rentas dispuesto en otros países de América y Europa, con la finalidad de apreciar el grado de acceso público que estos países otorgan a la realidad patrimonial de los funcionarios públicos. Por último, se realiza una valoración general

del sistema preventivo administrativo dispuesto en el Derecho positivo paraguayo, lo que servirá de base para identificar sus deficiencias y proponer los debidos cambios legislativos que le confieran una mayor efectividad en su aplicación.

El **quinto capítulo** abarca la evolución histórica que ha experimentado la incriminación de los enriquecimientos patrimoniales injustificados de los funcionarios públicos, haciendo un breve análisis de sus antecedentes en Roma a través de la progresión del *crimen repetundarum*, en las leyes administrativas de los Reinos de las Indias del siglo XVII y su actual planteamiento en la política criminal de América Latina y Europa para hacer frente a la criminalidad relacionada contra el fraude fiscal, la corrupción pública, el terrorismo o el crimen organizado. Por otra parte, se analizan los fundamentos que legitiman la prohibición de los enriquecimientos patrimoniales injustos, su consideración como principio general del Derecho y la recepción de este principio por varios sectores del ordenamiento jurídico, entre ellos el Derecho penal a través del delito de enriquecimiento ilícito. A partir de estas consideraciones, también se estudian las relaciones entre la teoría general del enriquecimiento injusto propuesta por el Derecho civil y el delito de enriquecimiento ilícito, estableciendo los elementos que caracterizan a dicha teoría civil para luego determinar cuáles han sido tenidas en cuenta en la incriminación del delito en estudio. Esto se debe a que en vista de la escasa evolución científica que ha tenido el delito de enriquecimiento ilícito, se asume la hipótesis de que el legislador se ha inspirado en cierta medida en los presupuestos establecidos en la teoría del enriquecimiento injusto o sin causa para crear esta figura penal.

Los siguientes capítulos constituyen el núcleo central de esta tesis. Así, el **capítulo sexto** estudia la estructura típica del nuevo delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523 del año 2004. Como paso previo se analizan los antecedentes nacionales de esta figura penal y los fundamentos político criminales que subyacen en la intención de reforma y actualización de la legislación penal en materia de prohibición de enriquecimientos patrimoniales injustificados de los miembros de la función pública, como así también la determinación del bien jurídico protegido y el aspecto del mismo que es vulnerado por las conductas punibles de enriquecimiento ilícito, teniendo en cuenta para ello la interpretación que al respecto ha dado la jurisprudencia de los tribunales penales paraguayos y las diversas posturas elaboradas en la doctrina latinoamericana. Luego se examinan los elementos objetivos del tipo de injusto, otorgando especial importancia a la configuración del sujeto activo, a las modalidades de conducta positiva y negativa que constituyen el núcleo central del hecho punible (el enriquecimiento del patrimonio, como su disminución) y los presupuestos que han sido tenidos en cuenta por el legislador para determinar la ilicitud del enriquecimiento. En la última parte se estudia la «justificación del enriquecimiento» como elemento del delito en estudio, centrandlo en el análisis en el actual debate dogmático que existe en la doctrina latinoamericana sobre la naturaleza omisiva o comisiva del delito de enriquecimiento ilícito, el sentido y alcance del concepto “justificación” y la determinación de la función que desempeña este elemento en el delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04 en base a la interpretación emanada de la jurisprudencia de los tribunales penales paraguayos.

El **capítulo séptimo** centra su estudio en las repercusiones que surgen de la interpretación de los elementos objetivos del tipo penal de enriquecimiento ilícito con respecto a diversas instituciones de la teoría del delito dispuestas en la parte general del CPPyo. Como paso previo, se examinan tres cuestiones relevantes que plantea esta figura penal y que constituyen su sello de identidad: la problemática que genera en las conductas típicas la falta de apreciación de un nexo o relación de causalidad entre el enriquecimiento del funcionario y un acto abusivo o ilegal del cargo; la censurable presunción de ilicitud *iuris tantum* en perjuicio del funcionario público que contiene el tipo penal, como su configuración a través de la técnica de los delitos de sospecha; y su debatida naturaleza subsidiaria. Luego se analiza la aplicación de

las reglas de autoría y participación al delito de enriquecimiento ilícito, prestando atención a la problemática derivada de la intervención de particulares en los delitos especiales (dado que esta figura penal constituye un delito especial propio), realizándose así mismo un estudio crítico a la interpretación que al respecto han adoptado los tribunales penales paraguayos. Además, se aborda la determinación del momento de consumación, la interrogante de si la estructura típica permite el comportamiento tentado y el aspecto subjetivo del delito. Este capítulo termina con el estudio de otras cuestiones importantes como son la penalidad, la aplicación del comiso como consecuencia accesoria del delito y las relaciones concursales del delito de enriquecimiento con otras figuras penales.

Como corolario de este trabajo, el **capítulo octavo** trata de modo exhaustivo el estudio sobre la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04. Este estudio se enmarca en el actual debate suscitado en la doctrina latinoamericana sobre la supuesta inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito; sin embargo, la validez de un precepto penal y su compatibilidad con los principios del sistema penal del Estado Social y Democrático de Derecho debe ser indefectiblemente revisado desde el ordenamiento constitucional de cada Estado, de ahí la justificación de este capítulo. En efecto, se ha decidido dividir este estudio en dos partes. La primera examina la adecuación del delito de enriquecimiento ilícito con los principios de naturaleza penal sustantiva de determinación legal, lesividad, proporcionalidad y culpabilidad. La segunda parte se inicia primeramente con una breve aproximación al sistema de garantías del debido proceso previsto en la CNP y su influjo en el sistema acusatorio adoptado en el CprocPPyo, para luego analizar la adecuación de la figura penal objeto de estudio con los principios fundamentales que rigen el procesal penal, en especial con los derechos a la presunción de inocencia y a no declarar contra sí mismo. Una vez obtenidas las conclusiones sobre estas cuestiones se estará en condiciones de tomar una postura respecto a la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N°2523/04.

Quisiera expresar mi agradecimiento al Departamento de Derecho penal de la Universidad de Salamanca por haberme permitido realizar mi tesis doctoral en esta importante casa de estudios; a mi tutor Prof. Dr. Eduardo Fabián Caparrós por su apoyo, por aceptar dirigir esta tesis y por enseñar lo que sabe a tantas personas que vienen de Latinoamérica con la finalidad de cambiar de alguna manera sus realidades; al Banco Santander Hispano Central por haberme financiado mis primeros años de estudio en Salamanca; a mis queridos compañeros del Seminario de Derecho penal “José Antón Oneca”. No puedo olvidar a mi madre María Balbina Pichler, quien me ha inculcado que la mejor inversión que uno puede hacer es el estudio y que con tanto sacrificio y cariño me ha ayudado a terminar esta tesis; a la familia López Cabañas por su amistad y apoyo; a mis hermanos Johana y Josef, como también al Dr. Jorge Códas Thompson. Especial gratitud debo dar a mi querida esposa Marlene, que con paciencia, comprensión y, por sobre todo, mucho amor, me ha acompañado incondicionalmente en esta aventura, ¡gracias por estar siempre conmigo! Por último, quiero recordar a la ciudad de Salamanca, en la que estudié, aprendí, conocí, compartí y pasé los mejores momentos de mi vida acompañado de mi esposa.





# Capítulo I

## ASPECTO FENOMENOLÓGICO DE LA CORRUPCIÓN

### 1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN.

La presente investigación tiene por objeto principal el estudio jurídico del delito de enriquecimiento ilícito en la legislación paraguaya, figura penal que ha sido tipificada como un instrumento destinado a prevenir y reprimir la criminalidad existente en la función pública ligada a la corrupción. Este delito se encuentra previsto de forma expresa en las CICC y CNUCC que lo han catalogado como “acto de corrupción”, por tal razón resulta necesario realizar de forma previa un análisis criminológico del fenómeno de la corrupción a los efectos de poder obtener una mejor comprensión del objeto de estudio, sus causas, efectos y alcance.

Habiendo manifestado estas palabras iniciales, puede decirse que la corrupción es un fenómeno universal que ha existido en todas las épocas, ha recorrido todos los sistemas jurídicos-políticos y no se puede encontrar rincón alguno del planeta donde sea desconocida. Es tan vieja como el hombre<sup>1</sup> que muchos autores la catalogan como la segunda profesión mas antigua del mundo<sup>2</sup>. Ningún autor, investigador, historiador o analista ha puesto en tela de juicio el hecho de que la corrupción es algo que siempre existió en todos los sistemas políticos habidos en el tiempo. Sin dudas esto ha causado que las relaciones interpersonales, políticas y económicas de todos los modelos sociales conocidos hayan sido afectados por este fenómeno provocando cambios importantes en la manera en que las personas entienden sus derechos y libertades, especialmente en lo que se refiere a la relación con la legitimidad del ejercicio de los cargos públicos, el funcionamiento de las instituciones del Estado de Derecho y sus mecanismos de seguridad y control social<sup>3</sup>.

Este fenómeno se presenta actualmente de diferentes formas como el abuso del poder para beneficio propio, soborno, robo, malversación, fraude y recibo de comisiones, captación de rentas, evasión de impuestos, extorsión y solicitud de favores sexuales o de cualquier otro tipo, la discriminación, el clientelismo, el mecenazgo y amiguismo, la omisión de la verdad, la distorsión de la realidad o amañar las pruebas deliberadamente para ganarse el favor de los ricos y poderosos, entre muchas mas<sup>4</sup>. Ni siquiera las universidades, las instituciones religiosas, las organizaciones internacionales o asambleas legislativas se han visto exentas de ser perjudicadas por la corrupción<sup>5</sup>. En la historia del hombre existen referentes sumamente remotos, por

---

<sup>1</sup> GIL VILLA, Fernando. *La cultura de la corrupción*. Editorial Maia. Madrid. Año 2008. pág. 19; GRAF LAMBSDORFF, Johann; TAUBE, Markus; SCHRAMM, Matthias. *Corrupt contracting. Exploring the analytical capacity of new institutional economics and new economics sociology* en: Graf Lambsdorff, Johann; Taube, Markus; Schramm, Matthias (Editores): *The new institutional economics of corruption*. Editorial Routledge Londres. Año 2005. pág. 2.; VAN KLAVEREN, Jacob. *Corruption as a historical phenomenon*, en: Heidenheimer, Arnold J.; Johnston, Michael (Editores): *Political corruption. Concepts and contexts*. 5ª Edición. Editorial Transaction Publishers. New Jersey. Año 2009. pág. 83.

<sup>2</sup> MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción- Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Editorial Gedisa. Barcelona. Año 2002. pág. 12.

<sup>3</sup> CONTRERAS ALFARO. Luis. *Corrupción y principio de oportunidad penal. Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta tradicional*. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2005. pág. 7.

<sup>4</sup> ARGYRIADES, Demetrios. *Buena gobernanza, profesionalidad, ética y responsabilidad*. RIntCA Vol. 72, N° 2. Año 2006. pág. 159.

<sup>5</sup> Tal es el caso del Banco Mundial que en el año 2001 creó el Departamento de Integridad Institucional (INT), para investigar las denuncias de fraude y corrupción que se suscitaban en la realización y desarrollo de los proyectos del Banco, mediante conductas indebidas de los propios funcionarios del Banco y personas ajenas en complicidad, llegando a manejar en el año 2005 mas 1300 casos. Vid: BANCO MUNDIAL. *Informe Anual sobre las Investigaciones y sanciones relacionadas con casos de conducta indebida del personal y actos de fraude y corrupción en proyectos financiados por el Banco*. Año 2005. Otro ejemplo de corrupción en instancias internacionales ocurrió dentro de la UNODCCP. A fines del año 2000 la división de investigación de dicho órgano

ejemplo, hace unos 2300 años el primer ministro Brahman de Chandragupta escribió una lista de por lo menos cuarenta formas de obtener dinero del gobierno de modo fraudulento<sup>6</sup>. Aristóteles en su obra “Acerca de la generación y la corrupción” otorgaba ya en su tiempo un significado desfavorable a este fenómeno ya que oponía la corrupción a la generación y la identificaba con el no-ser, con la pérdida de los rasgos esenciales de un objeto corrompido<sup>7</sup>. En la alta edad media se suscitaron algunos hechos de corrupción en el sistema municipal vigente en Castilla durante el reinado de Alfonso XI en el segundo cuarto de siglo XIV, que otorgaron poder y gobierno de las villas y ciudades del reino a grupos más o menos compactos y cohesionados de “oficiales o regidores” que favorecía la comisión de todo tipo de abusos y corruptelas<sup>8</sup>. También son conocidos los hechos de corrupción acontecidos en América del Sur en la época colonial durante los siglos XVI y XVII, en los que lamentablemente, la corrupción y el contrabando constituían los factores primordiales que hacían sobrevivir a las poblaciones del Virreinato del Río de la Plata<sup>9</sup>.

Pero la realidad nos indica que los niveles y efectos de corrupción no son los mismos que en la época Aristotélica, en la que Maquiavelo creó su obra “El Príncipe” o en el siglo XVII. Estamos en el primer cuarto del siglo XXI que se encuentra sumamente influido por los avances del llamado “proceso de globalización” cuya principal característica radica en la disminución progresiva de las trabas proteccionistas de los Estados en relación al comercio produciéndose una mayor internacionalización de los productos<sup>10</sup>, cuyo mejor ejemplo es la práctica actualmente difundida de fabricar productos en otros países que presentan para las empresas un abaratamiento de costos (mano de obra barata) o por la proximidad geográfica de las fuentes de materia prima<sup>11</sup>. La consecuencia inmediata de esta liberación del comercio internacional es el aumento de la rapidez en el intercambio económico entre las personas, las empresas y los Estados, ya sean estos dentro de un mismo bloque económico y sectorial o con otros pertenecientes a sectores continentales diferentes. Otro aspecto que no ha estado al margen de este cambio social es la actividad estatal que vio aumentada considerablemente su acción en áreas donde en épocas anteriores no intervenía, todo esto, para estar a la par del constante desarrollo y perfeccionamiento del modelo de democracia que impera en la actualidad<sup>12</sup>. Sin

---

recibió la orden del secretario general de la ONU, Kofi Annan, de investigar al director ejecutivo de la UNODCCP. Según el informe A/56/689 de fecha 7 de diciembre de 2001, se constató que el referido director ejecutivo había utilizado fondos desviados de las agencias regionales de la UNODCCP en la Federación Rusa y Bielorrusia para financiarse viajes privados en un exclusivo barco de vela (FRATTINI, Eric. *ONU. Historia de la corrupción*. Editorial Espasa. Madrid. Año 2005. págs. 212 y 213).

<sup>6</sup> KLITGAARD, Robert. *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo*. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. Año 1994. pág. 22.

<sup>7</sup> GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. *Corrupción, democracia y responsabilidad política*, en: Carbonell, Miguel; Vázquez, Rodolfo (Coordinadores): *Poder, derecho y corrupción*. Editorial Siglo XXI. México. Año 2003. pág. 65.

<sup>8</sup> GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Manuel; PIETSCHMANN, Horst; COMÍN, Francisco; PÉREZ, Joseph. *Instituciones y corrupción en la historia*. Universidad de Valladolid. Año 1998. pág. 9.

<sup>9</sup> VIRGONILI, Julio; SIMONETTI, José María. *Delitos de cuello blanco*. Buenos Aires. Año 1988. pág. 29 “En tal sentido puede relevarse la lógica económica que, entre los siglos XVI y XVII, ha hecho del contrabando la regla de sobrevivencia de las poblaciones del luego Virreinato del Río de la Plata, y ha constituido a la corrupción administrativa en la llave a través de la cual debía necesariamente desplegarse dicha actividad, y fundamentalmente, en el factor que caracterizó la función política y administrativa colonial como una actividad temporaria destinada, en la práctica, a un rápido enriquecimiento personal del funcionario”.

<sup>10</sup> SILVA SÁNCHEZ se refiere al proceso de globalización como un fenómeno que en principio es económico, que se define por la eliminación gradual de las restricciones a las transacciones y la ampliación de los mercados (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Reimpresión de la 2ª Edición. Editorial Civitas. Madrid. Año 2006. pág. 89).

<sup>11</sup> CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos. *Corrupción, globalización y delincuencia organizada*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *La Corrupción en un mundo globalizado*. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2004. pág. 213.

<sup>12</sup> FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2003. pág. 18. Al respecto, coincide BERDUGO al manifestar que la expansión de la

embargo, la globalización ha traído a su vez consecuencias negativas en razón a la utilización maliciosa por los delincuentes de los beneficios generados por este proceso en los ámbitos del desarrollo económico y tecnológico, lo que ha propiciado la aparición de nuevos riegos o la elevación de los permitidos en las sociedades. Estas circunstancias fueron la causa del surgimiento de nuevas formas y prácticas de corrupción que se han ido maximizando y fortaleciendo gracias a las asimetrías existentes no sólo en el ámbito económico internacional, sino también en los ámbitos internos jurídico, moral o cultural, siendo los Estados los responsables directos de ese estado de cosas<sup>13</sup>.

Estas deficiencias estructurales constituyen el marco ideal para que los agentes corruptores realicen todo tipo de transacciones, además, encuentran ciertos territorios (los paraísos fiscales) con un margen total de impunidad que posibilita que sus actividades ilícitas no sean descubiertas<sup>14</sup>. Dicho esto, fácilmente puede deducirse que si la globalización ha evolucionado en el tiempo, también han seguido este mismo camino las actividades corruptas en razón a la interrelación que existe entre ambas. Esta afirmación se puede corroborar fácilmente por dos circunstancias resaltantes. En primer lugar, los agentes corruptores se han profesionalizado llegando a demostrar una gran habilidad intelectual en los diversos modus operandi que utilizan para perpetrar sus actos ilícitos. El corrupto no es una persona sin estudios o poca preparación, todo lo contrario, es un hombre de su tiempo y vive en una sociedad en constante movimiento gracias a la globalización que le ofrece todos sus avances y beneficios para la perfección de sus prácticas. Ha sabido adaptar su actividad a todos los mecanismos preventivos –leyes, instituciones, sistema bancario etc.– debiendo para ello aprender todo el entramado estructural del Estado a fin de elegir como objetivo aquellos sectores más vulnerables del sistema (menos controladas) que le generen menos costos y riesgos, y más rentabilidad. De hecho, el corrupto tiene gracias a su habilidad múltiples vías para conseguir sus objetivos según sus oportunidades y circunstancias, pero siempre habrá alguna situación que, dada su complejidad o por los altos mecanismos de control que posee, le requerirá apelar necesariamente a la eficacia del uso de mecanismos técnicos que le proporciona la corrupción, que sin lugar a dudas, le dará más posibilidades de éxito que otros<sup>15</sup>.

En segundo lugar, los agentes corruptos han desarrollado estructuras más estables y formales para cometer sus ilícitos adoptando las técnicas utilizadas por la delincuencia organizada<sup>16</sup>. En un principio la corrupción demostraba unos perfiles más individuales y las

---

corrupción está vinculada en gran medida a la propia evolución del Estado y los nuevos rasgos de la economía, que, entre otras consecuencias, lleva a proporcionar una dimensión internacional a estos comportamientos desviados y a jugar un papel añadido en momentos de crisis (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. 1ª Edición. Editorial Iustel. Madrid. Año 2012. pág. 182).

<sup>13</sup> Esta situación ya lo había advertido BECK, manifestando que la modernización reposa sobre una “promesa o pacto” de seguridad institucionalizada entre Estado y ciudadanía acerca de la controlabilidad y compensabilidad de las inseguridades y peligros provocados por la sociedad postindustrial, pero en muchos casos tal es el grado de omisión de dicho pacto que se debe asumir que en el futuro tendremos que vivir en un mundo que deberá decidir su futuro en unas condiciones de inseguridad que él mismo habrá producido y fabricado. (BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial*. Traducción: Rosa S. Carbó. Editorial Paidós. Barcelona. Año 2008. págs. 24 y 25).

<sup>14</sup> MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción- Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. op. cit. pág. 13 “Estas asimetrías no son sólo mercantiles o financieras como pudiera pensarse, sino también jurídicas, políticas, morales o culturales, e invitan a los hombres de negocios y a los empresarios a preferir las jurisdicciones de determinados países para realizar transacciones e inversiones, no únicamente porque ofrecen mayores ventajas económicas, sino también, porque favorecen las prácticas venales y constituyen verdaderos escudos protectores contra la investigación de estas prácticas”.

<sup>15</sup> MENDONCA, Daniel. *Un estudio sobre la corrupción en el Paraguay*. Editorial Continental. Año 2005. pág. 9.

<sup>16</sup> Explica SILVA SÁNCHEZ que desde el punto de vista estructural, la criminalidad de la globalización se presenta “organizada”, es decir, como un colectivo de personas que están estructuradas jerárquicamente, ya sea en las empresas, ya incluso en la forma estricta de la organización criminal (SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La*

conductas desplegadas por ella se ajustaban a los tipos penales clásicos. En cambio, en la actualidad se observa que la corrupción moderna ha evolucionado hacia un modelo más empresarial o corporativo<sup>17</sup>. Siguiendo a BOTTKE, la criminalidad organizada significa la criminalidad de varios miembros de la sociedad, que más que para un hecho concreto, se asocian generalmente por tiempo indeterminado y organizan su actividad criminal como si fuera un proyecto empresarial<sup>18</sup>. El recurso a la creación de personas jurídicas por parte de los grupos corruptos como tapadera para ocultar su verdadera estructura y objetivos delictivos es la manera más apropiada que tienen para ingresar al sistema financiero legal, constituyendo una condición inevitable para que puedan sanear dentro del mercado lícito los beneficios ilícitos de sus actividades criminales. De esta manera, el éxito de las actividades de los grupos delictivos y el posterior disfrute de los activos obtenidos dependerá en buena medida de la constante utilización de los instrumentos legales e instituciones del Estado, como también de la distorsión y tergiversación de los fines constitucionalmente atribuidos al sistema financiero.

De los hechos mencionados anteriormente se puede afirmar lo siguiente: no existe ningún país en la tierra que esté libre de prácticas de corrupción, y en cada uno este fenómeno sigue pautas diferentes<sup>19</sup>. Por eso no repercute de igual manera e intensidad en todos los países porque depende en gran medida de la combinación de varios factores que al final serán los determinantes que harán variar dicha constante (corrupción). Entre los factores que hacen variar la configuración de la corrupción destaca el grado de desarrollo de cada Estado. Existe consenso entre los expertos en que en los países desarrollados la corrupción es mínima tanto en la justicia como en los cuadros medios y bajos de la función pública, pero pueden alcanzar un nivel relativamente importante en los altos cargos. En los países subdesarrollados la situación es inversa porque la corrupción es intensa en las instituciones públicas y en todos los estratos sociales (altos, medios y bajos), llegando inclusive a considerarse como una vocación<sup>20</sup>. Asimismo, se ha mencionado constante e injustamente como uno de los causantes de corrupción a la pobreza. Si bien es cierto que pobreza y corrupción vienen de la mano, y que la segunda tiene mayor incidencia en los países menos desarrollados e industrializados, es erróneo afirmar que es causa de este fenómeno. Es completamente lo contrario, la corrupción genera pobreza<sup>21</sup> y desigualdad como consecuencias de los efectos macroeconómicos negativos sufridos por los países que más las padecen en sus fuentes de desarrollo y crecimiento<sup>22</sup>, incidencia que se

---

*expansión del Derecho penal.* op. cit. pág. 91). En este sentido, FOFFANI, Luigi. *Criminalidad organizada y criminalidad económica.* RP N° 7. Año 2001. pág. 57.

<sup>17</sup> GIL DE LA FUENTE, Juan. *La criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita. Referencia al delito de blanqueo de capitales.* RJLL: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario N° 20. Año 2005. pág. 27 “En los últimos años se están produciendo transformaciones de gran relevancia en la criminalidad a nivel mundial. Frente a las actividades criminales básicas, llevadas a cabo básicamente de manera individual, se observa en la actualidad una evolución hacia una criminalidad más corporativa, hacia el crimen organizado. Se trata de grupos de delincuentes organizados que se encuentran además en condiciones de actuar tanto en la vertiente legal como en la ilegal de la actividad económica y, aun, en la política”.

<sup>18</sup> BOTTKE, Wilfried. *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania.* RP N° 2. Año 1998. pág. 2. Al respecto, la CNUCDOT en su art. 2 define al grupo delictivo organizado como todo grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

<sup>19</sup> Como ejemplo, GIL VILLA recurre al informe de percepción de la corrupción del año 2006 de TI en el que Suiza, Suecia, Australia o Austria que tenían los mejores puntajes –en cuyos casos poseían la calificación de 8-, pero no llegaban a la calificación de 10 que según dicha organización internacional es aquella que identifica a los países con menor corrupción (GIL VILLA, Fernando. *La cultura de la corrupción.* op. cit. pág. 27).

<sup>20</sup> GRONDONA, Mariano. *La corrupción.* 3ª Edición. Editorial Planeta. Buenos Aires. Año 1993. pág. 60.

<sup>21</sup> FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La corrupción de agente público extranjero e internacional.* op. cit. pág. 19.

<sup>22</sup> Para rebatir la tesis de que la pobreza causa corrupción, puede citarse el hecho de que existen países altamente industrializados, con altos ingresos económicos y una mejor igualdad distributiva de rentas, que no han podido neutralizar sus índices de corrupción. Tanto es así que en los años setenta se produjeron una serie de escándalos en

agudiza por los siguientes factores: a) incide adversamente en la distribución de la renta facilitando la fuga de capitales, el fraude y la evasión impositiva, obstaculizando gravemente el desarrollo y aplicación de los programas sociales del sector público en detrimento de los sectores más necesitados; b) disminuye la inversión tanto nacional y extranjera, en vista al aumento de los costes y al clima de incertidumbre, ocasionando una enorme reducción de las fuentes de ingreso privado que en últimas deberá ser asumido por el Estado; y c) concentra activos y riqueza en manos de pequeños grupos o clases que coinciden con personas de mayor estrato económico en la sociedad, hecho que genera la creación de “elites” y lleva al incremento de la desigualdad distributiva.

El hecho de que los ciudadanos sepan y convivan en una sociedad en la que la corrupción se encuentra en todas las instituciones que regulan sus actividades básicas, sin dudas genera en ellos un profundo malestar e incertidumbre que produce efectos dispares en cuanto a su tolerancia. Pero el conflicto “estado democrático vs corrupción” no se percibe en los países no democráticos ya que el propio Estado, al poseer todos los medios de poder a su alcance, hace todo lo posible para que los casos de corrupción no salgan a la luz, por lo que prácticamente no existe en dichos países una preocupación social al respecto<sup>23</sup>. En cambio, en los países democráticos se aprecian dos situaciones diferentes. Por un lado, existen países en los que su sociedad demuestra un convencimiento y un estado de preocupación colectiva muy alta sobre los efectos nocivos de las prácticas corruptas, concibiéndose en la ciudadanía un rechazo total por considerarlas el “cáncer de las democracias”. Y por otro, existe países democráticos en los que teniendo los ciudadanos conocimientos de actividades corruptas, adoptan actitudes de no beligerancia hacia ellas. Según GIL VILLA, la cultura de nuestras sociedades actuales estaría decantada a proporcionar la “corrupción gris”, es decir, aquella hacia la cual tanto la población como las élites parecen ostentar una posición ambigua en cuanto a la tolerancia sobre la aparición de conductas corruptas<sup>24</sup>. La percepción de una corrupción gris esta asociada principalmente a que el Estado no es duro a la hora de perseguir las conductas corruptas ya que estos ilícitos suelen ser cometidos con tal grado de evidencia al no existir ninguna expectativa de castigo, por lo que la ciudadanía da por sentada la impunidad de las mismas y no tiene otro remedio que tolerarlas<sup>25</sup>. A todo esto hay que sumarle el dato alarmante de cifra negra que

---

países como Holanda, Japón y los Estados Unidos, que ponían de manifiesto que la corrupción no era sólo un mal localizado en países en países subdesarrollados.

<sup>23</sup> BUSTOS GISBERT, Rafael. *La recuperación de la responsabilidad política en la lucha contra la corrupción: Una tarea pendiente*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *La corrupción en un mundo globalizado*. op. cit. pág. 68.

<sup>24</sup> GIL VILLA, Fernando. *La cultura de la corrupción*. op. cit. pág. 12. Para entender mejor lo manifestado es necesario recurrir a la clasificación hecha por HEIDENHEIMER sobre la tolerancia de la corrupción medida ésta por los colores gris, negro y blanco. Este autor creó una escala de actos de corrupción que iban desde los pequeños hasta los más graves. Luego codificó estas formas de comportamiento según su tolerancia en “corrupción negra”, que indica la aglomeración de ciertos comportamientos que tanto las élites y la población han consensuado sobre su condena y los quieren ver castigados; la corrupción gris, que indica la existencia de ciertas conductas que según las élites deberían ser castigadas, en contraposición a otras personas que no sugieren así, por lo que la mayoría de la población se encuentra ambigua; y la corrupción blanca, nos indica que las élites y la población probablemente no apoyarían enérgicamente el castigo de dichas formas de corrupción, demostrando de esta manera su tolerando hacia ellas (HEIDENHEIMER, Arnold J. *Perspectives on the perception of corruption*, en: Heidenheimer, Arnold J.; Johnston, Michael (Editores): *Political corruption. Concepts and contexts*. op. cit. págs. 139 y 152).

<sup>25</sup> Suiza es un claro ejemplo de lo expuesto. Siendo un país cuyo sistema presenta un sistema limpio y transparente, hace suponer que tanto los altos dirigentes como la población general no consientan la existencia de prácticas corruptas dentro de su territorio, pero bien toleran la existencia de cuentas bancarias en sus bancos de plaza que en muchos de los casos se nutren de dinero provenientes de sistemas corruptos. Otro caso se manifiesta en aquellas sociedades que toleran ciertos tipos de delincuencia organizada que realizan actividades que proveen bienes y servicios ilícitos a ciertos sectores de la población (tabaco, armas, prostitución, protección, alcohol, mano de obra barata), y por más que sean actividades paralelas a las actividades legales satisfacen sus necesidades humanas. De ahí que se estime que un 5% del consumo total mundial tiene por objeto bienes y servicios ilegales. Al respecto,

dificulta la apreciación por parte de los ciudadanos de los miles de actos corruptos que no salen a la luz y pasan desapercibidos.

Por otro lado, la característica común que poseen los distintos tipos de corrupción es la existencia de un agente corruptor que desea la obtención de beneficios patrimoniales a través de prácticas indebidas. Es importante mencionar que cuando se habla de “corrupción” se emplea dicho término en un sentido amplio y no directamente relacionado –como comúnmente se piensa– a los hechos ocurridos en la función pública, porque las prácticas corruptas contienen intereses tanto privados como públicos y aprovechan las oportunidades que ofrecen las distintas áreas económicas, políticas y jurídicas<sup>26</sup>. Prácticamente no hay objeción en aceptar que el ámbito o actividad donde la corrupción presenta mayor gravedad es la estatal, pero desde hace no poco tiempo se ha experimentado un aumento considerable de prácticas corruptas en el ámbito privado que afectan a sectores como la gestión interna de las sociedades mercantiles<sup>27</sup> o la competencia, en los que ciertas empresas manipulan el mercado interno en su beneficio con acciones monopólicas<sup>28</sup>. Es que la corrupción ha buscado otros campos de actuación para obtener sus ventajas ilícitas y la realidad empírica nos demuestra que este fenómeno ha superado el ámbito de lo público, presentándose actualmente en todos los demás ámbitos de nuestra vida social. Así, puede considerarse tan corrupto un acto de malversación de caudales públicos en provecho propio o ajeno, como la apropiación indebida de recursos privados en las sociedades mercantiles mediante grandes operaciones de ingeniería financiera, que aprovechan la insuficiencia de los controles y los vacíos jurídicos de una legislación pobremente adaptada a la complejidad de las modernas relaciones económicas<sup>29</sup>. Por lo tanto, puede decirse que la corrupción pública y privada son las dos caras de una misma moneda<sup>30</sup>.

Sin embargo, hay que admitir que el ámbito que más dañosidad causa la corrupción es el sector público. En mayor medida el debate actual gira entorno a los distintos casos de corrupción suscitados en el marco de los poderes públicos que tratan asuntos de interés general, lo cual nos lleva a estudiar dos tipos de corrupción, la funcionarial y la política. Si bien ambas poseen algunas similitudes como por ejemplo, la participación de un funcionario público (elegido popular o institucionalmente), sus contenidos no son iguales y además se realizan en contextos distintos. Aquí sólo hablaremos de la corrupción política, puesto que la funcionarial se abordará más adelante en un apartado especial. La corrupción política es aquella que se lleva a cabo en el ámbito de la democracia representativa, y al ser ésta uno de los pilares en que se sustenta el Estado de Derecho, se vislumbran las graves repercusiones que causan dicho fenómeno en todo Estado democrático, ya que su legitimación radica en la capacidad de elección y revocación por parte de los ciudadanos de quienes ocupan los puestos políticos en las

---

Vid: SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2005. pág. 44.

<sup>26</sup> MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. op. cit. pág. 13.

<sup>27</sup> Tal es el caso ocurrido dentro de la empresa alemana Volkswagen, cuya dirección procuró ganarse la voluntad del comité obrero y su consentimiento con los planes empresariales de racionalización a base de pagar viajes de placer a los representantes sindicales quienes tenían grandes poderes otorgados por la ley de cogestión paritaria alemana, sin cuyos votos resultaría casi imposible llevar adelante decisiones con repercusión sobre la vida laboral.

<sup>28</sup> FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. op. cit. pág. 24.

<sup>29</sup> Vid: CONTRERAS ALFARO, Luis. *Corrupción y principio de oportunidad penal. Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta tradicional*. op. cit. pág. 131; NIETO MARTÍN, Adán. *La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)*. RP Nº 10. Año 2002. pág. 55; BLANCO CORDERO, Isidoro; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís. *La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿Asignatura pendiente del Derecho penal español?*, en: Díez Ripollés, José Luis (Coordinador): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Cerezo Mir*. Editorial Tecnos. Madrid. Año 2003. pág. 257.

<sup>30</sup> GARCÍA MEXIA, Pablo. *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*. Editorial Aranzadi. Pamplona. Año 2001. pág. 49.

instituciones públicas<sup>31</sup>. Por lo tanto, en este tipo de corrupción actúan personas que ostentan un cargo público por decisión de la soberanía popular, que al mismo tiempo, tienen una relación directa con otra pieza fundamental de la democracia que son los partidos políticos. La democracia representativa no se concibe sin la participación de los partidos políticos<sup>32</sup>, y éstos requieren para su existencia de medios financieros que en principio son otorgados por el Estado, pero el desarrollo de nuestro tiempo ha modificado su labor quedando reflejado por campañas electorales muy intensas y largas que han hecho que los recursos estatales percibidos sean siempre muy escasos. Estas circunstancias y otras excusas como “la necesidad de mucho dinero para funcionar eficazmente”, han ocasionado que los partidos políticos sientan la necesidad de requerir más fondos del Estado o a buscarse otros medios de financiación privada.

El recurso a la segunda hipótesis de financiación es la que más peligros conlleva a los partidos políticos, al sesgar y condicionar las decisiones de los políticos hacia el interés del que proveyó los fondos en contra del interés general que debe defender el político<sup>33</sup>. Esto se explica con los siguientes argumentos. En primer lugar, la política tiene un atractivo difícil de rechazar tanto para aquellas personas que tienden alcanzarla mediante un cargo político, como para aquellas que quieran sacar algún provecho, como el “poder”<sup>34</sup>. En su dimensión práctica la política es un discurso sobre el poder, sobre cómo llegar y mantenerse en él, y es tanta su vinculación con la corrupción que NIETO ha llegado a decir que desde la aparición del poder la corrupción lo acompaña como la sombra sigue al cuerpo<sup>35</sup>. Con razón Lord Acton sostuvo que el “poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente”<sup>36</sup>. En segundo lugar, los partidos políticos son gigantescas máquinas burocráticas que necesitan medios financieros para solventar campañas políticas y para la consecución de sus propias actividades. Todo grupo político posee dos tipos de ingresos que son los públicos y privados. Los primeros son los montos proporcionados por el Estado, determinados en el presupuesto general de gastos y regulados en la mayoría de los países por una ley de partidos políticos que normalmente se destinan para el mantenimiento del grupo parlamentario y para el sostenimiento de su estructura organizativa. Los segundos son ingresos provenientes de fuentes privadas del grupo político correspondientes a las cuotas o aportaciones de los afiliados, los rendimientos de su patrimonio,

<sup>31</sup> LEGUINA, Joaquín. *Corruptio optimi pessima*. RCRP N° 30. Año 1993. pág. 10.

<sup>32</sup> MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. op. cit. pág. 17.

<sup>33</sup> SINOVA, Justino. *Nueve verdades (amargas) sobre la corrupción*. RCyR N° 86. Año 1994. pág. 18 “La corrupción tiene su origen en determinadas prácticas colectiva inconfesables. Uno de los motivos de la corrupción ha sido la financiación ilegal de los partidos. La oscuridad que ha protegido siempre las cuentas de los partidos y la necesidad irresponsable que han sentido éstos de embarcarse en cuantiosos dispendios para mantener sus enormes aparatos burocráticos y sus exageradas campañas impulsaron la urgencia de obtener recursos donde los hubiera”. CASTELLS, Manuel. *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. Volumen II: *El poder de la identidad*. Editorial Alianza. Año 2003. pág. 371 “Los actores políticos padecen una infrafinanciación crónica y la brecha entre los gastos necesarios y los ingresos legales ha aumentado de forma exponencial, y continúa haciéndolo. Así pues, tras agotar todas las fuentes legales, las aportaciones personales y los tratos comerciales, los partidos y los políticos suelen recurrir a la única fuente real de dinero: contribuciones bajo cuerda del mundo empresarial y los grupos de interés, a cambio, obviamente, de decisiones del gobierno a favor de sus intereses”.

<sup>34</sup> Para entender mejor la relación política-poder, HAURIUO nos dice que la política es la búsqueda de lo que es “bueno” o “útil” para la sociedad, es decir, la determinación del bien común. Por eso los partidos políticos en los periodos de elección presentan en sus programas de gobierno aquellas acciones (actos de gobierno si resultan elegidos) que representan lo que es bueno para la sociedad y el esfuerzo que harán para imponerlas. Así, en el contexto de una sociedad se pueden distinguir claramente los que conducen la sociedad y los que son conducidos, por lo tanto, los primeros, para poder llevar a cabo sus programas de gobierno tienen que ejercer determinadas acciones sobre otros hombres, adoptar tal o cual actitud o, por el contrario, abstenerse en tal o cual circunstancia, siendo dichas decisiones implantadas en principio mediante la persuasión, y en última instancia, a través de la coerción. De esta manera, aquellos que ejercen la toma de decisiones en una sociedad y detentan los medios para aplicarlas, son los detentadores del poder (HAURIUO, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Traducción: José Antonio González Casanova. Editorial Demos. Barcelona. Año 1971. pág. 19).

<sup>35</sup> NIETO, Alejandro. *Corrupción en la España democrática*. Editorial Ariel. Barcelona. Año 1997. pág. 7.

<sup>36</sup> FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. op. cit. pág. 28.

los créditos concertados con los entes financieros, las herencias y las donaciones. Según SALEM SEÑA el aspecto más problemático y de sospecha representan las donaciones, pues podrían utilizarse por personas físicas influyentes o empresas que manejan intereses privados como instrumentos de simulación para ocultar sus verdaderas intenciones corruptas, como podría darse el caso de la compra de poder político o la subordinación de las políticas de gobierno<sup>37</sup>.

La corrupción política se representa mediante un acuerdo de prestaciones recíprocas entre el agente corruptor y el político, que hace que éste último se aleje o desvíe de las expectativas que integran la función de su cargo, cual es la representación de los intereses colectivos. Esta caracterización nos da la pauta que la corrupción política tiene indudables semejanzas con la corrupción general, pero debe admitirse la existencia de rasgos específicos que otorgan particularidad a la primera. Los políticos tienen una posición social que no puede compararse con ninguna otra, porque les otorga poder e influencias que son las claves para obtener los beneficios económicos para sí mismos, sus familiares o amigos<sup>38</sup>. A pesar de romper algún deber posicional o legal, el político corrupto defrauda la confianza depositada en ellos por el pueblo. Cuando aquellas personas que han sido elegidas para gobernar o ser representantes de la sociedad alteran su lealtad al corromperse –siendo éstas las primeras en estar obligadas a cumplir la ley–, no producen un impacto positivo en la ciudadanía porque ésta ve como sus deseos son substituidos por otros ajenos y mezquinos, generando así un clima de apatía, descrédito y desconfianza en la legitimidad del propio sistema democrático<sup>39</sup>.

Todos estos efectos y su arraigo histórico en nuestra forma de convivencia han sido en gran parte los factores por los cuales la corrupción se ha estudiado muy poco anteriormente, además de la sensación que tenían los gobiernos y ciudadanos de que no se podía hacer nada respecto de ella. Afortunadamente, este tipo de escepticismo ha cambiado radicalmente a partir de la década de los años 70 del siglo pasado, en la que el fenómeno de la corrupción aumentó y se extendió a niveles alarmantes, llegándose a presentar en casi todos los sectores de nuestra convivencia social poniendo en peligro nuestros intereses más preciados. Esa realidad motivó a que los distintos países promocionaran la creación de una cruzada global anticorrupción convencidos de que este flagelo se había extendido a todo el mundo y que los afectaba gravemente, por lo que hoy en día, existe con certeza una lucha contra la corrupción que acapara la atención mundial<sup>40</sup>. En tal sentido, los Estados a través de las organizaciones internacionales que los representan como son las Naciones Unidas, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización de Estados Americanos, el Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, la Organización Mundial del Comercio, el Consejo de Europa, el G7, e incluso organismos privados como Transparencia Internacional, emprendieron un sinnúmero de medidas generales y variadas a ser adoptadas a nivel nacional, regional e internacional que abarcan diversos ámbitos relacionados al comercio internacional, la competencia, la ayuda financiera y técnica, no pudiendo dejar de citar, a los instrumentos internacionales en materia penal.

## 2. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR CORRUPCIÓN?

Un investigador fácilmente podrá apreciar cómo la corrupción afecta desde distintas perspectivas a nuestro sistema de convivencia, pero a la hora de establecer un concepto que

<sup>37</sup> MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. op. cit. pág. 101.

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ RÍOS, Luis. *Psicología de la corrupción y los corruptos*. Editorial Grupo Universitario. Granada. Año 1999. pág. 37.

<sup>39</sup> BUSTOS GISBERT, Rafael. *La recuperación de la responsabilidad política en la lucha contra la corrupción: Una tarea pendiente*. op. cit. pág. 71.

<sup>40</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción*. AFDUC. Año 2003. pág. 778.



explique cabalmente lo que es este fenómeno se encontraría con grandes obstáculos, en razón a que necesitaría un concepto que englobara las diversas manifestaciones en que se presenta (pública, política, privada), y asimismo, que sea compartida por todas las áreas de conocimiento científico que han enfocado su análisis (jurídicas, políticas, económicas, éticas, etc.). Normalmente a la corrupción se la caracteriza y define desde el ámbito público, cuando involucra a un agente público que se aparta de sus deberes legales a cambio de una ventaja patrimonial indebida o de otro género, produciéndose la interposición de un interés privado sobre el interés general. Es cierto que en el sustrato fáctico de la corrupción siempre existe una lesión del interés general a través de un interés privado, pero este daño puede ser producido por personas ajenas a la función pública y en áreas tan distintas de nuestro sistema social. En ese sentido, CARBAJO CASCÓN sostiene que el fenómeno de la corrupción no puede considerarse exclusivo del ámbito público de la administración<sup>41</sup>.

Después de haber hecho esta advertencia es necesario establecer un concepto general de corrupción y los elementos que presenta dicho fenómeno. El término corrupción proviene de la palabra latina *corrumpere*, que se ha desarrollado a partir de la partícula “cum” y sumada a otra forma verbal latina: el verbo *rumpo*, *rumpis*, *rumpere*, *rupsi*, *ruptum*, que literalmente significa romper<sup>42</sup>. El diccionario de la RAE en una primera aproximación define a la corrupción como la acción y efecto de romper; alterar y trastocar la forma de algo; o echar a perder, depravar, dañar o pudrir<sup>43</sup>. Se deduce que al hablar de corrupción nos estamos refiriendo a la ruptura de la forma de alguna cosa que está instituida por un proceso normal, ya sea por la ley de la naturaleza, la humana o por una convención. GRONDONA dice que la “forma” es, para la tradición escolástica, la naturaleza de algo, el fin para el que ese algo existe, por lo que corromper es desnaturalizar, desviar una cosa del fin hacia el cual naturalmente tiende<sup>44</sup>. Así, cuando nos referimos que una actividad o la institución que la realiza es corrupta, es porque ellas dejan de perseguir el fin por el que están socialmente destinadas y legitimadas, por lo que al corromperse, naturalmente se deslegitiman<sup>45</sup>.

Trasladado este razonamiento a nuestra realidad, vemos que el sistema social se presenta como un orden de elementos puestos en función por el hombre para la consecución de sus fines propuestos y del bien común. Dichos propósitos son alcanzados a partir de un conjunto de roles que están sustentados por ciertas reglas que varían formalmente de acuerdo al tipo de función que realizan en la sociedad. La presencia de corrupción es denotada por la sociedad cuando los efectos de este fenómeno producen una alteración en el orden de cosas y procesos en los que se basan nuestra convivencia social. En todo acto corrupto se puede apreciar a un corruptor que con sus actos tiene la intención de corromper, y por otra, a una persona o proceso sobre el que recae la fuerza corrupta y en que, en definitiva, es lo que se echa a perder, se pudre o se corrompe. Esta ruptura de reglas que constituye el núcleo principal de todo acto corrupto se puede dar en diferentes situaciones de nuestro quehacer cotidiano, de ahí que prácticamente cada ciencia que estudia la realidad social haya expresado una definición propia de lo que entiende o es la corrupción. Esto explica que actualmente la ciencia jurídica, como medio de

<sup>41</sup> CARBAJO CASCÓN, Fernando. *Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: Una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *La corrupción en un mundo globalizado*. op. cit. pág. 129.

<sup>42</sup> MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. op. cit. 22; PÉREZ KASPARIAN, Sara. *El cohecho del juez penal, una modalidad de la corrupción*, en: Rezzoagli, Bruno (Coordinador): *Análisis jurídico, económico y político de la corrupción*. Editorial Porrúa. México. Año 2005. pág. 77; REGIS PRADO, Luiz. *Los delitos de cohecho y de tráfico de influencias en las transacciones comerciales internacionales conforme al código penal brasileño*. RDPC N° 1. Año 2009. pág. 148.

<sup>43</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Aceptación N° 1.

<sup>44</sup> GRONDONA, Mariano. *La corrupción*. op. cit. pág. 19.

<sup>45</sup> BEJARANO, Jesús Antonio. *Corrupción y escándalos políticos*, en: Narcotráfico, política y corrupción. Editorial Temis. Bogotá. Año 1997. pág. 17

control social, no sea la única área de conocimiento que haya aportado soluciones a este problema social, siendo sumamente importantes las contribuciones de otras ciencias; pero esto ha producido errores de perspectivas ante las innumerables definiciones que ha ocasionado que no se pudiera elaborar un concepto único de corrupción, circunstancia que ha sido destacada por NIETO: “se habla mucho de corrupción, pero curiosamente no existe un concepto generalmente admitido de lo que pueda significar”<sup>46</sup>. Por su parte, FABIÁN CAPARRÓS manifiesta que ante estas circunstancias sería un error perderse en juegos de palabras poco productivos, y que en todo caso, en el ámbito jurídico, la corrupción será lo que la normativa defina como tal en cada momento y en cada sector, debiendo interpretarse en cada caso en función de cuál sea la finalidad que se pretenda<sup>47</sup>.

Desde nuestro punto de vista, un acto de corrupción consiste en toda actividad en la que un sujeto decisor infringe o se desvía de los deberes que posee según su rol social, o incumple una función específica en un marco de discreción, con el objetivo de obtener una ventaja personal extra posicional. Esta definición tiene la ventaja de comprender tanto a la corrupción que proviene del sector público, como también del sector privado. Es bastante claro que el término corrupción denota una alta carga emotiva desfavorable hacia el acto o persona al que se dirige. Así, toda persona normalmente evitaría relacionar dicho término a supuestos de corrupción que son atribuidos a su persona o a sus allegados, mientras que se procurará utilizarlo para hacer referencia a aquellos comportamientos de otras personas que se consideran merecedoras de crítica, llegando incluso a causar gran estigmatización e injusticia a dichos individuos cuando éstos desvirtúan los indicios que causaron tal mención<sup>48</sup>.

### 3. ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN.

—*La violación de un deber posicional.*

Toda persona que se corrompe indefectiblemente debe trasgredir, por acción u omisión, las reglas que conforman el contenido de su rol dentro de la sociedad. Es importante destacar que para que exista un acto de corrupción se requiere que el sujeto defraude los deberes que trae implícito su posición o cargo, que no son exclusivamente deberes legales como en el caso de los funcionarios públicos —que los tienen taxativamente previstos en la ley—, en razón a que un acto corrupto puede darse entre particulares. De ahí que se rechace la concepción habitual de relacionar la corrupción como privativa del ámbito público<sup>49</sup>.

Para entender mejor el contenido de los deberes posicionales, GARZÓN VALDÉZ menciona que éstos deben ser distinguidos de los deberes naturales. Estos son los que valen para

<sup>46</sup> NIETO, Alejandro. *Corrupción en la España democrática*. op. cit. pág. 76. Al respecto GARDINER dice: “There are several major problems in attempting to define “corruption”. First, there are in fact several distinct but related problems. Second, there are important differences among “corruption” as it is defined in the official laws of nations, “corruption” as it affects the public, and “corruption” as it is defined by public opinion, by the people who are both the ultimate authorities in democratic nations and the ones who by their complacency and their collusion may contribute to corruption taking place or who by their vigilance and integrity may assist authorities in monitoring public officials. Finally, there are important differences among nations in how these problems are defined” (GARDINER, John. *Defining corruption*, en: Heidenheimer, Arnold J.; Johnston, Michael (Editores): *Political corruption. Concepts and contexts*. op. cit. pag. 25).

<sup>47</sup> FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. op. cit. pág. 22.

<sup>48</sup> GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. *Corrupción, democracia y responsabilidad política*. op. cit. pág. 66.

<sup>49</sup> MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. op. cit. 32; GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *El concepto de corrupción*, en: Zapatero, Virgilio (Compilador): *La corrupción*. Editorial Coyocan. México. Año 2007. pág. 14 “No hay inconveniente semántico alguno en hablar de deportistas, directores de empresas o sacerdotes corruptos en el mismo sentido en que puede hablarse de gobernantes o diputados corruptos. Significa abandonar también la idea de que para hablar de corrupción hay que hacer necesariamente referencia a una persona que ocupa una posición oficial, es decir, a una autoridad o, lo que es lo mismo, a alguien que detenta un poder”.

todos sin importar el papel social que desempeñen; en cambio, los deberes posicionales se adquieren a través de algún acto voluntario en virtud del cual alguien acepta asumir un cierto papel cuyo contenido o ámbito de validez está delimitado por las reglas que definen la posición respectiva<sup>50</sup>. Así, toda posición social<sup>51</sup> se resume a un cúmulo de expectativas que orienta las conductas de la persona que lo detenta, llegando a existir roles que incluyen además, la atribución de competencias para la toma de decisiones sin que ello implique que dichas atribuciones deban ser legalmente establecidas, es decir, se encuentren institucionalizadas. Por eso, la persona que se corrompe manifiesta un sentimiento de deslealtad hacia sus deberes posicionales. Por ejemplo, el gerente de un banco que se desvía de los mandatos determinados por su entidad al ofrecer créditos a personas que materialmente no tienen la solvencia económica para cumplir con sus obligaciones o cuando una secretaria que, a cambio de una suma de dinero, revela los secretos industriales de su empresa a otra que es su competidora para favorecer a ésta. Estos casos demuestran que la corrupción produce un conflicto o desequilibrio entre la conducta desplegada por el detentador del rol y el comportamiento exigido por su rol, pudiendo considerarse a este individuo como un desviado social<sup>52</sup>.

—*Un marco normativo de referencia.*

Se ha matizado que la corrupción es un fenómeno que se presenta en los distintos ámbitos de nuestra vida social, por lo que la misma asume variadas naturalezas, económica, política, ética y jurídica. Pero como prácticamente casi todas las actividades sociales se encuentran reguladas por un sistema normativo, es imposible hablar de corrupción sin hacer referencia al marco normativo dentro del cual se produce el acto corrupto, que en definitiva, es el que determinará si éste se reputa como corrupto. Por marco normativo se entiende el conjunto de leyes, reglamentos, ordenamientos y disposiciones diversas que regulan los distintos ámbitos de la vida social, que va desde la regulación de la actividad pública en sí misma y sus relaciones con los particulares, hasta los intercambios surgidos entre particulares<sup>53</sup>.

Tan importante es el marco normativo porque exterioriza el conjunto de valores, tradiciones culturales y creencias de una sociedad que son transformados en normas razonables que regulan las actividades sociales y prohíben las conductas que las atentan. Uno de los graves problemas que tienen los sistemas normativos es la ambigüedad que presentan sus contenidos al regular ciertas actividades con normas que en la práctica contienen reglas incumplibles, confusas o contradictorias, que son vistas por los corruptos como buenas oportunidades para la obtención de beneficios ilícitos<sup>54</sup>. En muchos países la creación de normas va acompañada de la presión de grupos con intereses particulares que incluyen dentro de sus costos grandes prebendas a ser destinadas a los políticos con el fin de crear ambientes favorables para el desarrollo de sus prácticas ilícitas, eliminando cualquier tipo de disputa o controversia que pueda generarse a la hora de regularlas legislativamente, por lo que no es raro que existan marcos

<sup>50</sup> GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *El concepto de corrupción*. op. cit. pág. 15.

<sup>51</sup> Según PIÑA ROCHEFORT, las posiciones o roles sociales se caracterizan por cinco notas distintivas: a) todos se refieren a algo previamente dado, o impuesto, a su portador, b) consisten en un cúmulo de orientaciones de conducta, c) se armonizan con otros modos de conducta para formar un todo, d) como todos los modos de conductas prescritos, deben ser aprendidos por el individuo y e) desde la perspectiva del individuo, ningún rol lo agota, ya que puede sin ningún problema desempeñar una multiplicidad de roles (PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 2005. pág. 146).

<sup>52</sup> DAHRENDORF, Ralf. *Homo sociologicus: un ensayo sobre la historia, significado y crítica del rol social*. Traducción de José Belloch Zimmermann. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. Año 1973. pág. 55.

<sup>53</sup> LÓPEZ PRESA, José Octavio. *Corrupción y cambio*. Fondo de Cultura Económica. México. Año 1998. pág. 77.

<sup>54</sup> LÓPEZ PRESA, José Octavio. *Corrupción y cambio*. op. cit. idem pág. “La existencia de lagunas legales, una mala tipificación de las conductas que pueden dar origen a responsabilidades, la presencia de inconsistencias o de contradicciones en los ordenamientos legales, pueden favorecer el desarrollo de la corrupción”.

normativos hechos a la medida de los corruptos<sup>55</sup>. De esta manera, la caracterización de si un acto es o no corrupto, resulta secundariamente un problema legal, sino básicamente un problema político, y por lo tanto, una cuestión de poder al momento de la determinación de las normas.

—*Puede llegar a ser penalmente relevante.*

El sistema normativo también condiciona que un acto calificado como corrupto sea penalmente relevante o no<sup>56</sup>. Puede darse la circunstancia de que un acto o actividad sea catalogado como corrupto por una parte de la legislación positiva de un país —por ejemplo, en las leyes de comercio—, pero que dicho supuesto fáctico no sea contemplado como delito dentro del código penal. Esto es así porque el tratamiento de una situación fáctica como delito es un atributo privativo del sistema punitivo vigente en un determinado Estado. Por otro lado, existen situaciones en que una persona realiza una actividad que se ajusta a los mandatos y deberes de su marco normativo e igualmente comete un ilícito penal, como se da en los casos en que se soborna a un funcionario público para que realice un acto propio de su cargo, pero con mayor celeridad. De ahí que para SALEM SEÑA, corrupción e ilegalidad son términos independientes<sup>57</sup>.

—*Variación de los sujetos de acuerdo a la práctica corrupta.*

El sustrato fáctico y la complejidad de un acto de corrupción son los factores que hacen depender el número de participantes en el mismo. En principio, pueden darse situaciones en las que solamente participa un sujeto, como el caso de un funcionario público que se apropia de recursos públicos que los administra por razón de su cargo, hecho en el cual la calidad de agente corruptor y corrupto-decisor se dan en la misma persona. Sin embargo, la posición tradicional sostiene que los actos de corrupción suponen la intervención de al menos dos partes en los que se distinguen a un sujeto privado (corruptor) y un sujeto que tiene facultades de decisión (agente decisor o corrupto)<sup>58</sup>, que puede ser tanto un sujeto que ejerce un cargo público, como cualquier sujeto que sin pertenecer a la función pública, tenga en el ejercicio de sus funciones laborables competencias que le otorgan poder y decisión, estando las mismas taxativamente previstas en su sistema normativo, como podría ser un gerente de banco o un alto directo de una empresa. Entre estos dos sujetos se observa un intercambio irregular de ventajas que se encuentra pactado por un

<sup>55</sup>Vid: SCHWEITZER, Hartmut. *Corruption. Its spreads and decline*, en: Lambsdorff, Johann; Taube, Markus; Schramm, Matthias (Editores): *The new institutional economics of corruption*. Editorial Routledge. New York. Año 2005. pág. 23.

<sup>56</sup> RODRÍGUEZ GÓMEZ, Carmen. *Aspectos penales de la corrupción en la administración pública*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabían Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *La corrupción en un mundo globalizado*. op. cit. pág. 192 “Aunque la corrupción aparece frecuentemente vinculada al crimen, no siempre son equiparables corrupción y corrupción criminal. Aunque la práctica ilícita supone siempre una vulneración del sistema legal, ésta no implica automáticamente que tenga que frenarse con la utilización del Derecho penal. El carácter fragmentario y de última ratio del Derecho penal, hace que el Estado recurra a él tras comprobar la inutilidad o insuficiencia de otras ramas del ordenamiento y, por supuesto, de otros instrumentos (no jurídicos) de control social legalmente aceptables”.

<sup>57</sup> MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. op. cit. pág. 33.

<sup>58</sup> GARCÍA ESPAÑA, Elisa. *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa*. Editorial Comares. Granada. Año 2006. pág. 18 “En el acto de corrupción intervienen dos personas: una ajena a las concretas obligaciones pactadas, dispuestas a realizar una transacción con otra, y una autoridad o funcionario público que se muestra dispuesto a incumplir las obligaciones de su posición funcional, de forma que ello les reporte beneficios, económicos o de otro tipo, a ambos”. En ese sentido, MUSCO, Enzo. *I delitti di corruzione nel codice penale italiano*, en: Ferré Olivé, Juan Carlos (Editor): *Fraude y corrupción en la administración pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*. Volumen III. Ediciones Universidad de Salamanca. Año 2002. pág. 28; AYLLÓN GONZÁLEZ, María Estela. *Breves factores institucionales, políticos, económicos y sociales de la corrupción en México*, en: Rezzoagli, Bruno (Coordinador): *Análisis jurídico, económico y político de la corrupción*. op. cit. pág. 45; MURIEL PATINO, María Victoria. *Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabían Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *La corrupción en un mundo globalizado*. op. cit. pág. 27.

“acuerdo delictivo”, siendo correcto afirmar que en un acto de corrupción existe una mutua relación sinalagmática, es decir, la prestación del sujeto corrompido se realiza por la contraprestación del corruptor<sup>59</sup>.

Existen autores que desde un punto de vista económico han tratado de explicar las conductas corruptas en las sociedades contemporáneas mediante modelos teóricos que tienen como contenido una relación triangular entre un “principal” (autoridad de gobierno), un “agente” (empleado o servidor público) y un “cliente”, que es un ciudadano<sup>60</sup>. Este modelo se explica de la siguiente manera. El principal puede ser una persona que ejerce funciones de líder, autoridad de un departamento o sección dentro de una organización o un funcionario del alto rango, que por su posición tiene una vocación más alta con respecto al bien común y valor de los deberes posicionales. El agente (que puede ser un funcionario de rango menor que depende del principal) puede no tener necesariamente la misma visión o vocación que el principal y decide corromperse a través de la acción del cliente que obra motivado por su interés personal. Aquí las personas que rompen las reglas que componen sus deberes posicionales, son el agente y en ciertas ocasiones el principal. Si bien el agente actúa en representación del principal, se pueden dar tres situaciones. El principal puede no saber acerca de las negociaciones y actos corruptos del agente, lo que llevaría a analizar su grado de responsabilidad en el acto de acuerdo a su deber de garante; puede participar activamente en las negociaciones o consentirlo haciendo omisión de cualquier acto para impedirlo, por lo que se estaría corrompiendo; y puede tener conocimiento de los hechos ilícitos y desvirtuar o detener los objetivos del agente, por ejemplo, mediante la correspondiente denuncia a las autoridades competentes. Por último, el cliente participará en el arreglo ilícito, ya sea aceptándolo o proponiéndolo, mientras le convenga hacerlo.

—*La expectativa de recibir beneficios patrimoniales.*

Existe consenso entre los autores de que todo acto corrupto tiene como fin último la expectativa de obtener beneficios patrimoniales para las partes participantes. Es importante destacar que se requiere la expectativa de recibir un beneficio y no el hecho de recibir en sí, porque como dice MALEM SEÑA, la obtención material efectiva del beneficio es una cuestión empírica irrelevante, en razón a que una persona se corrompe a pesar de que inmediatamente después de haber realizado la práctica corrupta decide no aceptar la contraprestación pactada, renuncie al reclamo del pago o una vez obtenidos los fondos pertinentes los devuelva íntegramente<sup>61</sup>. Cuando intervienen sujetos que poseen deberes posicionales los beneficios serán “extrapositionales”, puesto que son adquiridos por actividades ilícitas y externas a lo que el sujeto realiza regularmente.

En cuanto a la naturaleza de los beneficios, estos son casi siempre de índole económica y se presentan de varias formas (dinero en efectivo, adquisición de bienes muebles e inmuebles, compra de activos o deudas puestas en el mercado) cuyo resultado es el enriquecimiento del

<sup>59</sup> KINDHÄUSER, Urs. *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el código penal alemán*. RPC N° 3. Año 2007. pág. 5; Al respecto, NIETO manifiesta que la relación corrupta se traba entre dos personas: el desviador del poder público y el beneficiario de la desviación, que se conectan sinalagmáticamente: la autoridad pública entrega un favor arrancado de las potestades administrativas y el particular corresponde con un precio. De esta forma, se produce una retroalimentación constante y una corriente circular (NIETO, Alejandro. *Corrupción en la España democrática*. op. cit. pág. 87).

<sup>60</sup> KLITGAARD, Robert. *Controlando la corrupción*. op. cit. pág. 37; LÓPEZ PRESA, José Octavio. *Corrupción y cambio*. op. cit. pág. 198; GRAEFF, Peter. *Why should one trust in corruption?*, en: Lambsdorff, Johann; Taube, Markus; Schramm, Matthias (Editores): *The new institutional economics of corruption*. op. cit. pág. 41; VANNUCCI, Alberto. *La corrupción en los sistemas políticos democráticos. Algunas notas para un análisis comparado*, en: Carbonell, Miguel; Vázquez, Rodolfo (Coordinadores): *Poder, derecho y corrupción*. op. cit. pág. 84; WEINSCHLBAUM, Federico. *El triángulo de la corrupción*, en: Cárdenas, Mauricio; Steiner, Roberto (Coordinadores): *Corrupción, crimen y justicia. Una perspectiva económica*. Bogotá. Año 1998. pág. 6.

<sup>61</sup> MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. op. cit. pág. 34.

patrimonio de los sujetos intervinientes en el acto corrupto. Resulta correcto decir “casi siempre”, porque empíricamente no queda excluida la posibilidad de que las gratificaciones no sean directamente valiables en dinero como son los favores políticos, profesionales y sexuales, el otorgamiento de honores o premios no obtenibles a través del cumplimiento de un deber posicional<sup>62</sup>. También puede darse el caso de que el corrupto deje abierta la elección de la acción exigible a su socio-cliente para ser precisada en el futuro.

Actualmente, las investigaciones sobre hechos de corrupción se concentran más sobre aquellas prácticas que cuentan con un componente pecuniario, ya que todo bien material presenta la característica de dejar una huella que se puede seguir, y más aún, en el caso de que los bienes obtenidos no hayan podido ser blanqueados, normalmente pasan a integrar el patrimonio del corrupto que lógicamente produce un abrupto aumento de los bienes que lo componen. Este hecho no sólo consigue poner a las prácticas corruptas al descubierto, sino que además, constituye un indicio sobre el cual el legislador paraguayo ha instituido un elemento objetivo del delito de enriquecimiento ilícito, tal como se verá mas adelante<sup>63</sup>.

—*Tiende a realizarse en secreto.*

Todo acto de corrupción tiende a realizarse en secreto, o al menos, en un marco de discreción entre las partes concertantes. No en vano YVES MENY define a la corrupción como “un intercambio clandestino que permite obtener una ventaja ilícita”<sup>64</sup>. La desaprobación social que conllevan estos actos obliga a que sólo puedan ocurrir en un ámbito privado sustraídos del público<sup>65</sup>. La razón de la clandestinidad radica en que si bien las practicas corruptas son frecuentes en las sociedades y todo el mundo lo sabe, la corrupción sigue siendo ilegal y tiene el riesgo de ser perseguida y castigada por las autoridades competentes. La consecuencia más evidente del secretismo de los actos de corrupción es que pasan desapercibidos por los ojos de la ciudadanía al no sentir de forma directa sus efectos nocivos, siendo ésta la razón por la que los actos corrupción son normalmente catalogados dentro de los “delitos sin víctimas” en los que no se evidencian un perjudicado directo, sino más bien, un daño colectivo o difuso<sup>66</sup>. Este argumento no es compartido por GIL VILLA, ya que en base a numerosas entrevistas extrae que los ciudadanos sí evidencian los actos de corrupción y los identifican con un acto de sustracción indebida y en general sin violencia en las personas ni en las cosas, pero admite que la conciencia de estos actos sería menor en muchos casos por causa del ocultamiento de la acción corrupta. Además, sostiene que en muchos casos son los propios ciudadanos quienes activan el delito al estar en connivencia con uno o varios funcionarios, mientras que las víctimas serían constituidas por todos aquellos que saldrían perjudicados por el trato de favor. De esta manera, sería difícil catalogar la corrupción dentro de la citada categoría<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *El concepto de corrupción*. op. cit. pág. 17; LÓPEZ-REY, Manuel. *Criminalidad y abuso de poder*. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1983. pág. 24 “La corrupción no ha de entenderse sólo por dinero, sino también ideológicamente; en ella juegan un papel importante las ambiciones políticas, profesionales, intelectuales, laborales y otras muchas”.

<sup>63</sup> Vid: Capítulo VI, apartado 7.3.2.

<sup>64</sup> YVES MENY citado por THIERRY, Jean-Pierre. *La corrupción en Francia*, en: Narcotráfico, política y corrupción. op. cit. pág. 66.

<sup>65</sup> CARBONELL, Miguel; VÁZQUEZ, Rodolfo. *Corrupción doméstica*, en: Carbonell, Miguel; Vázquez, Rodolfo. (Coordinadores): Poder, Derecho y corrupción. op. cit. pág. 10 “La clandestinidad es el espacio natural de la corrupción, los sótanos del poder, su habitación permanente. Esto supone que el analista avanza casi a ciegas por el mar de sobornos, cohechos, lavado de dinero, peculados, nepotismos, clientelismos, administraciones mafiosas, comisiones extralegales, transferencia ilícita de fondos y demás manifestaciones de la corrupción”.

<sup>66</sup> FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. op. cit. pág. 27; DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *La respuesta a la corrupción pública*. Editorial Comares. Granada. Año 2004. pág. 7; HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2001. pág. 214.

<sup>67</sup> GIL VILLA, Fernando. *La cultura de la corrupción*. op. cit. págs. 55-57.

Desde nuestro punto de vista, la inclusión de los actos de corrupción dentro de los delitos sin víctima es correcta en el sentido de que normalmente los efectos lesivos de los actos de corrupción no se dirigen directamente a una persona o colectivo, como se da el caso de un robo en el que sí se observa un perjuicio directo a intereses individuales. Este aspecto ha sido tratado poco por los criminólogos, sociólogos y penalistas debido a que el estudio de los delitos de corrupción se ha centrado casi exclusivamente en determinados elementos como el bien jurídico lesionado, el sujeto cualificado o el intercambio corrupto, dejando de lado a las víctimas de estos hechos. En efecto, las víctimas de los hechos de corrupción se encuentran desprevenidas de su victimización y sólo ocasionalmente tienen una participación directa con sus victimarios<sup>68</sup>.

#### **4. INICIATIVAS E INSTRUMENTOS SUPRANACIONALES MÁS IMPORTANTES EN MATERIA DE CORRUPCIÓN.**

—En América.

Desde el punto de vista cronológico, el primer instrumento jurídico internacional vinculante en materia de corrupción es la Convención Interamericana contra la Corrupción, elaborada bajo los auspicios de la OEA y firmada en Caracas, Venezuela el 29 de marzo de 1996<sup>69</sup>.

—En la Unión Europea.

- Resolución del Consejo sobre la protección jurídica de los intereses financieros de las comunidades, de fecha 6 de diciembre de 1994<sup>70</sup>.
- Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 26 de julio de 1995, junto al primer protocolo adicional de fecha 27 de septiembre de 1996, y al segundo de fecha 19 de junio de 1997.
- Convenio establecido sobre la base de la letra c del apartado 2 del artículo K3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de fecha 26 de mayo de 1997.
- Decisión Marco 2003/568/JAI relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

—En el Consejo de Europa.

- Resolución adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las 20 directrices fundamentales en la lucha contra la corrupción, de fecha 6 de noviembre de 1997.
- Resolución adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa por el que se autoriza la creación del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), de fecha 5 de mayo de 1998.
- Convención penal sobre corrupción de fecha 27 de enero de 1999<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> RUGGIERO, Vincenzo. *Delitos de los débiles y de los poderosos*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 2005. pág. 136.

<sup>69</sup> Esta convención entró en vigor el 6 de marzo de 1997.

<sup>70</sup> BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *Notas sobre la corrupción transnacional. Sus efectos y su combate*, en: Fabián Caparrós, Eduardo; Pérez Cepeda, Ana Isabel (Coordinadores): *Estudios de corrupción*. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2010. pág. 252 “Las primeras iniciativas europeas contra la corrupción aparecieron ligadas a la protección de intereses financieros de la unión. Así, ya en la resolución del Consejo sobre la protección jurídica de los intereses financieros de las Comunidades, de 6 de diciembre de 1994, se señalaba que los Estados miembros deberían adoptar medidas eficaces para sancionar el soborno en el que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas en relación con los intereses financieros de las Comunidades”.

<sup>71</sup> Esta convención entró en vigor el 1 de julio de 2002.

- Convención civil sobre corrupción de fecha 4 de noviembre de 1999<sup>72</sup>.

—En África.

- Convención para la prevención y lucha contra la corrupción de la Unión Africana, firmada en Maputo, Mozambique de fecha 11 de julio de 2003<sup>73</sup>.

—En Naciones Unidas.

- Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada en Palermo, Italia en fecha 15 de noviembre de 2000<sup>74</sup>.
- Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, firmada en Mérida, México en fecha 31 de octubre de 2003<sup>75</sup>.

—En la OCDE y en el Fondo Monetario Internacional.

- Recomendación del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico para combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales, de fecha 27 de mayo de 1994<sup>76</sup>.
- Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, firmado en París, Francia en fecha 17 de diciembre de 1997<sup>77</sup>.
- El Código de buenas prácticas de transparencia en políticas monetarias y financieras emanado del FMI y aprobado el 26 de septiembre de 1999.

—En otros organismos no gubernamentales.

- Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional.

## 5. LA CORRUPCIÓN PÚBLICA.

El ámbito en donde ocurre la mayor parte de los casos de corrupción es en la función pública, y el conjunto de actos corruptos que acontecen en dicha organización estatal es usualmente denominado corrupción pública. Este apartado se centrará exclusivamente en la actuación desviada de aquellos sujetos que tienen la condición de funcionario público.

La característica principal de la corrupción pública es que en ella imprescindiblemente participa un funcionario público<sup>78</sup>, entendida esta posición jurídica como cualquier persona que, por medio de elección popular o de acuerdo a los mecanismos institucionales para el acceso a un cargo público, ejerce una función pública prestando servicios que satisfacen los intereses generales de la ciudadanía de un determinado país. De forma generalizada, este tipo de corrupción ocasiona perjuicios graves a la función pública porque utiliza a las personas calificadas que

---

<sup>72</sup> Esta convención entró en vigor el 1 de noviembre de 2003.

<sup>73</sup> Esta convención entró en vigor el 4 de agosto de 2006.

<sup>74</sup> Esta convención entró en vigor el 29 de septiembre de 2003.

<sup>75</sup> Esta convención entró en vigor el 14 de diciembre de 2005.

<sup>76</sup> Este instrumento jurídico fue posteriormente revisado por el Consejo, y en fecha 23 de mayo de 1997 se adoptó la Recomendación revisada sobre el combate al cohecho en las transacciones comerciales internacionales.

<sup>77</sup> Este convenio entró en vigor el 15 de febrero de 1999.

<sup>78</sup> Para FERRÉ OLIVÉ el elemento cohesionante de las figuras caracterizables como de corrupción pública es la actuación de autoridades y funcionarios públicos nacionales y extranjeros. Así, la particular posición de estos sujetos y la especial situación del Estado como garante de determinados bienes jurídicos y de la actuación de sus agentes convierten a la corrupción en el sector público en una parcela específica que merece peculiar atención por parte de la política criminal, del Derecho penal y del Derecho procesal penal (FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Corrupción y delitos contra la administración pública*, en: Ferré Olivé, Juan Carlos (Editor): Fraude y corrupción en la administración pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa. op. cit. pág. 14).



forman parte del proceso de formación de la voluntad del Estado como instrumento para la consecución de sus fines ilícitos, apartándoles de los principios básicos sobre los que se constituye el ejercicio correcto del cargo público como son la legalidad, imparcialidad, la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos para la consecución de los intereses generales<sup>79</sup>. Claramente, la desviación de estos principios no solo conlleva la prestación deficiente de servicios públicos y la pérdida de confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas, sino también convierte en letra muerta los postulados constitucionales de la función pública.

Un gran número de conductas que se caracterizan como de corrupción pública están actualmente prevenidas en cada Estado por sus medios de control social (sistema regulatorio económico, prevención administrativa, delitos penales), de lo contrario nos encontraríamos en un sistema social totalmente al servicio de la corrupción que se favorecería de un marco jurídico de impunidad para las conductas ilícitas. Es importante destacar que la corrupción pública no se presenta en todos los Estados de igual forma. La magnitud de la gravedad y expansión de este tipo de corrupción depende de muchos factores como pueden ser la composición de la estructura social y el fortalecimiento de las reglas que integran el Estado Democrático de Derecho. Por esta razón fue habitual que en un principio los Estados hayan comenzado a luchar contra la corrupción pública “puertas adentro” a través de las herramientas de prevención existentes en su propio ordenamiento, más aún, si se trata de un aspecto tan delicado que afecta las instituciones de cada soberanía nacional como es la desviación de los deberes inherentes a los funcionarios públicos.

Pero la progresiva concienciación de los distintos Estados sobre el alcance y efectos de la corrupción, sumado a la insuficiencia de las medidas estrictamente nacionales, hizo que la lucha contra este flagelo se extendiera más allá de sus propias fronteras adoptándose como mejor medio para la canalización de ideas y concreción de herramientas eficaces a la cooperación internacional. Resultaba claro que si se quería obtener resultados positivos en el tiempo, los Estados debían promocionar la creación de instrumentos globales en el entendimiento de que la mejor manera de afrontar el problema de la corrupción era mediante una acción conjunta y coordinada de medidas tendientes a disminuir sus efectos negativos, que fuesen posteriormente introducidas en sus ordenamientos internos<sup>80</sup>. Si bien el primer intento de elaborar un instrumento jurídico de lucha contra la corrupción pública provino de una iniciativa unilateral generada en los Estados Unidos a través de la Foreign Corrupt Practices Act de 1977<sup>81</sup>, a partir de la segunda mitad de la década de los noventa se constató una fértil colección de instrumentos

<sup>79</sup> REZZOAGLI, Bruno Ariel. *Licitaciones públicas, corrupción y control fiscalizador*. Instituto Nacional de Estudios Superiores de Derecho Penal. México. Año 2004. pág. 30.

<sup>80</sup> ROJAS AMANDI, Víctor. *Los tratados internacionales sobre corrupción*, en: Méndez-Silva, Ricardo (Coordinador): *Lo que todos sabemos sobre la corrupción y algo más*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Año 2010. pág. 167 “Ante la evidencia de la insuficiencia de las medidas estrictamente nacionales se hizo patente la necesidad de adoptar medidas internacionales de tipo multilateral obligatorias que llevarán a una armonización de los derechos internos de la materia, a una mayor cooperación internacional, a la extensión del ámbito de aplicación espacial de los ilícitos sancionados por las normas nacionales también para actos cometidos fuera de los territorios de los países parte, y al intento para ampliar la base jurídica para la extradición en caso de delitos relacionados con la corrupción”.

<sup>81</sup> HUBER, Bárbara. *La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional*. RP N° 11. Año 2003. pág.41 “El legislador norteamericano fue, por consiguiente, el precursor de utilizar un criterio riguroso contra el soborno y la corrupción, y tras los casos de Watergate y Lockheed aprovechó la oportunidad para modificar la política de los Estados Unidos de Norteamérica en contra de la corrupción, jugando quizás en cierta medida un rol la conciencia de responsabilidad en las propias empresas. Los Estados Unidos de Norteamérica urgieron entonces a una internacionalización de los postulados fundamentales de su propia legislación, sin cuyo reconocimiento mundial y mismo tipo de reglas en otras naciones industrializadas significaría un gran inconveniente de tipo económico para la economía norteamericana. Una coalición formada por organizaciones internacionales, gobiernos, bancos de desarrollo, sindicatos, círculos comerciales y organizaciones no gubernamentales (ONG) tuvo también su influencia en Europa. Esto tuvo como consecuencia el rápido desarrollo de programas y estándares intergubernamentales en muchos gremios durante la segunda mitad de los años noventa y trajo un cambio definitivo en la postura del mundo comercial en contra la corrupción”.

internacionales de naturaleza penal contra la corrupción pública, además de otras afines tales como la criminalidad organizada y el blanqueo de capitales que se encuentran vinculadas en relación de funcionalidad, surgidas de consensos regionales o de carácter universal<sup>82</sup>.

En cuanto a su noción, la corrupción pública ha sido identificada desde hace tiempo en la frontera entre lo público y lo privado. Se ha destacado que los funcionarios públicos encuentran reguladas sus conductas por determinados principios que caracterizan y exteriorizan los fines de la función social que realizan. El problema surge cuando ciertas personas con intereses privados tratan de influir al funcionario para que se desvíe del correcto ejercicio de su función y atente contra la lealtad que tiene hacia esos fines. Por eso recalca VALEIJE ÁLVAREZ que la corrupción funcional es una enfermedad cancerosa que vive en simbiosis con el sistema democrático, tendiendo a eliminar la distinción entre el bien público y el privado<sup>83</sup>.

Muchos autores coinciden que la impresión que causa la corrupción pública en la ciudadanía en general es normalmente un problema acerca de falta o insuficiencia de moral en los funcionarios públicos. Si bien es cierto que en cualquier caso de corrupción pública existe poca resistencia moral en los funcionarios, estamos de igual manera ante una vaga noción del fenómeno a consecuencia, quizás, de la propia inmadurez de la sociedad o de las incidencias negativas sobre ella, por lo que no es extraño que existan múltiples “rostros” que hacen casi imposible identificar con claridad los contornos de esta clase de corrupción. Si se comparte este subjetivismo imperante en los miembros de la sociedad, aumentaríamos la vaguedad señalada anteriormente, puesto que los valores sociales son cambiantes en lugares y momentos diferentes. Como consecuencia de esta situación, la doctrina ha tratado de establecer aspectos objetivos tendientes a delimitar los elementos que definen a la corrupción pública. Se pueden diferenciar tres grupos:

a) Un grupo de autores sostiene que en todo hecho de corrupción pública siempre ocurre un comportamiento abusivo por parte de un funcionario de su cargo público.

-*MURIEL PATINO*: el abuso de un puesto público con el fin de obtener una ganancia privada, como de forma muy simple puede definirse la corrupción<sup>84</sup>.

-*RIVERO ORTEGA*: hay corrupción cuando el interés personal de quien toma decisiones en el ámbito público sustituye la objetividad en el ejercicio del poder, con el fin de lucrarse personalmente o enriquecer a una organización, ora una empresa privada, ora un partido político, afín al sujeto que se aprovecha de su posición<sup>85</sup>.

-*LOPEZ PRESA*: la corrupción administrativa, por su parte, comprende el conjunto de situaciones relacionadas con las violaciones normativas y los abusos que comete el servidor público en un cargo oficial en beneficio propio o de terceros<sup>86</sup>.

<sup>82</sup>Menciona BENITO SÁNCHEZ que aunque la Foreign Corrupt Practices Act no tuviera mucho éxito en su día e incluso escasa aplicación práctica, su importancia radica en haber puesto la voz de alarma en relación con el pago de sobornos a funcionarios públicos y gobernantes extranjeros en el transcurso de actividades económicas transnacionales, inspirando posteriores documentos internacionales vinculantes contra la corrupción (BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *Notas sobre la corrupción transnacional. Sus efectos y su combate*. op. cit. pág. 245).

<sup>83</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario*. Editorial Edersa. Madrid. Año 1996. pág. 280.

<sup>84</sup> MURIEL PATINO, María Victoria. *Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción*. op. cit. pág. 27.

<sup>85</sup> RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Corrupción y contratos públicos: Las respuestas europea y latinoamericana*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *La corrupción en un mundo globalizado*. op. cit. pág. 111.

<sup>86</sup> LÓPEZ PRESA, José Octavio. *Corrupción y cambio*. op. cit. pág. 31.

-*MATA BARRANCO*: la corrupción se identifica con el abuso de una determinada posición de poder del que deriva la consecución de una ventaja patrimonial<sup>87</sup>.

-*GARCÍA MEXÍA*: la corrupción se identifica con un comportamiento orientado al uso de un cargo o función públicos en aras de la obtención de un beneficio privado<sup>88</sup>.

b) Existe un segundo grupo de autores que consideran a la corrupción pública como la desviación del interés general hacia intereses privados.

-*CARBAJO CASCÓN*: el fenómeno de corrupción se traduce, por tanto, en la interposición de un interés privado sobre el interés público o general<sup>89</sup>.

-*BUSTOS BISBERT*: la presencia de corrupción implica la sustitución de los deseos de los ciudadanos (interés general) por los intereses concretos del representante, y de otros sujetos ajenos, a la hora de tomar una decisión<sup>90</sup>.

-*GRONDONA*: en términos muy generales podríamos decir que la corrupción de un sistema político surge cuando el interés privado de los funcionarios públicos irrumpe en el recinto sagrado del interés público<sup>91</sup>.

-*DEMETRIO CRESPO*: la corrupción se define, pues, más matizadamente, como la desviación por parte de la Administración del fundamento de la justificación política de los poderes del Estado, que no es otro que el interés público legalmente determinado<sup>92</sup>.

-*ROSE-ACKERMAN*: la corrupción es el uso incorrecto del poder público para obtener beneficios privados<sup>93</sup>.

c) Y por último, existe un grupo de autores que identifican a la corrupción pública con la violación del funcionario público de los deberes posicionales de su cargo con el fin de obtener un beneficio extrapatrimonial.

-*SALEM SEÑA*: se puede definir los actos de corrupción, como aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizado en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera sea su naturaleza<sup>94</sup>.

-*NYE*: desde una perspectiva del funcionario público, se conceptualiza a la corrupción como una conducta que se desvía del cumplimiento normal de una función pública debido a beneficios pecuniarios, de posición social o respecto a allegados (familiares o no), o que infringe normas contrarias al ejercicio de ciertos tipos de influencia a favor de allegados<sup>95</sup>.

<sup>87</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *La respuesta a la corrupción pública*. op. cit. pág. 15.

<sup>88</sup> GARCÍA MEXÍA, Pablo. *Ética y gobernanza. Estado y sociedad ante el abuso de poder*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2008. pág. 21.

<sup>89</sup> CARBAJO CASCÓN, Fernando. *Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: Una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión*. op. cit. pág. 128.

<sup>90</sup> BUSTOS GIBBERT, Rafael. *La recuperación de la responsabilidad política en la lucha contra la corrupción: Una tarea pendiente*. op. cit. pág. 71.

<sup>91</sup> GRONDONA, Mariano. *La corrupción*. op. cit. pág. 18.

<sup>92</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Corrupción y delitos contra la administración pública*, en: Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinador): *La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2000. pág. 67.

<sup>93</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*. Editorial Siglo XXI. Madrid. Año 2001. pág. 125.

<sup>94</sup> MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. op. cit. pág. 35.

<sup>95</sup> NYE citado por GARDINER, John. *Defining corruption*. op. cit. pág. 26; También en: FERNÁNDEZ RÍOS, Luis. *Psicología de la corrupción y los corruptos*. op. cit. pág. 31.

*-FREISITZER*: desde un punto de vista sociológico, la corrupción es una especie de conducta desviada con objetivo de obtener ventajas especiales para uno mismo o para terceros. La conducta relevante contradice las regulaciones formales e informales de comportamiento, y además, viola las normas ético-morales de los sistemas sociales<sup>96</sup>.

Como puede observarse, existen innumerables definiciones de corrupción pública que dificulta la elaboración de un concepto unitario de este fenómeno. Lo positivo es que cada categoría doctrinal se refiere a un aspecto diferente que representa a la corrupción pública, y si se analizan estas definiciones de forma global pueden reconocerse elementos comunes que caracterizan a todo acto corrupto público. En primer lugar, es necesario la presencia de un funcionario público que se desvía de sus deberes institucionales por un comportamiento activo u omisivo, abusando del marco de discreción que le confiere una función específica. NYE recalca que la corrupción pública solo se refiere a la conducta de un funcionario en relación a su rol público, y no fuera de ella<sup>97</sup>. La especialidad del sujeto activo en los casos de corrupción pública es acentuada por REGIS PRADO, al decir que la corrupción pública es un fenómeno por el cual un funcionario es movido a actuar de manera diferente a los patrones normativos del sistema favoreciendo intereses particulares<sup>98</sup>. En segundo lugar, el acto cometido por el funcionario debe ser ilícito según el ordenamiento jurídico<sup>99</sup>, independientemente que constituya un hecho punible castigado por vía penal. En tercer lugar, el objetivo del funcionario público es la obtención directa o indirecta de beneficios extraposicionales. Sin dudas este es el núcleo central del acto corrupto y que imprime motivación al sujeto de deberes posicionales a que se desvíe de ellos. Este elemento ocasiona además un conflicto de intereses en la persona del funcionario, ya que por un lado, quiere conservar su posición en la institución en la que ejerce sus funciones, y por el otro, quiere obtener una ganancia adicional a sus ingresos legales que solo lo conseguirá si se corrompe. La utilidad que reporta el acto corrupto casi siempre es de índole económica; sin embargo, se admite la posibilidad de otros tipos de gratificaciones no valuables en dinero. Y en cuarto lugar, todo funcionario que comete un acto corrupto busca un enriquecimiento particular a costa de la generalidad, es decir, vulnera el interés público o general<sup>100</sup>. Cuando un funcionario se desvía de los fines que le son propios, existe en su persona una confusión de intereses<sup>101</sup>, o mejor dicho, una anteposición de intereses privados de naturaleza principalmente económica que afectan al correcto funcionamiento de la función pública.

En este contexto, cabe advertir que el contenido del concepto de interés público depende en gran medida del sistema normativo imperante en un determinado lugar y momento dado, circunstancia que repercute en la consideración de un acto como de corrupción pública. Esto significa que no siempre una idéntica acción será considerada acto corrupto en dos países que presentan ordenamientos jurídicos distintos, o en uno solo en dos momentos diferentes en el

<sup>96</sup> FREISITZER citado por SCHWEITZER, Hartmut. *Corruption. Its spreads and decline*. op. cit. pág. 16.

<sup>97</sup> NYE citado por GARDINER, John. *Defining corruption*. op. cit. pág. 26. En ese sentido, NIETO manifiesta que los ciudadanos, no son ni pueden ser protagonistas de la corrupción pública –que es obra exclusiva de los agente públicos– sino, a todo lo más, colaboradores, bien sea en calidad de cómplices o de víctimas o, como dicen ingenuamente las leyes, corruptores o sobornadores (NIETO, Alejandro. *Corrupción en la España democrática*. op. cit. pág. 67).

<sup>98</sup> REGIS PRADO, Luiz. *Los delitos de cohecho y de tráfico de influencias en las transacciones comerciales internacionales conforme al código penal brasileño*. op. cit. pág. 149.

<sup>99</sup> En ese sentido, GARDINER sostiene que si el acto de un funcionario es prohibido por las leyes sancionadas por el gobierno, es corrupción. De lo contrario, si el acto no es prohibido, no es corrupción, incluso si el acto es abusivo o antiético (GARDINER, John. *Defining corruption*. op. cit. pág. 29).

<sup>100</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la administración pública*, en: Ferré Olivé, Juan Carlos (Editor): *Fraude y corrupción en la administración pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*. op. cit. pág. 176.

<sup>101</sup> Mantiene la misma posición KLITGAARD al decir que la corrupción existe cuando una persona (en este caso funcionario público) ilícitamente pone sus intereses personales por sobre los de las personas y los ideales que está comprometido a servir (KLITGAARD, Robert. *Controlando la corrupción*. op. cit. pág. 11).

tiempo. Por ejemplo, durante la Segunda Guerra Mundial las leyes de la Alemania Nazi prohibían a los judíos emigrar fuera de su territorio. Entonces, si un funcionario alemán inspector de pasaportes hubiese aceptado una dádiva de una familia judía para aprobar su partida y así evitar su exterminio, ¿se podría llamar corrupción a esta conducta? No hay duda de que el funcionario se ha desviado de sus deberes aceptando la dádiva y permitiendo la huída de la familia judía, pero hoy en día, probablemente cualquiera diría que la conducta del inspector alemán quedaba justificada aunque fuera ilegal, en vista a que salvaguardó los intereses y derechos fundamentales de otras personas de la crueldad de las leyes alemanas contra el pueblo judío<sup>102</sup>. Un pensamiento así parte del reconocimiento a cada persona de un conjunto de derechos que nacen de su propia naturaleza como ser humano, que al agruparse se transforman en una realidad distinta situada por encima de los individuos, clases sociales y del mismo Estado, que constituye el interés público o general. Para ESCOLA el interés público trata de la sumatoria de intereses individuales de los miembros de una comunidad. Se trata de una mayoría de intereses individuales coincidentes que es “interés”, porque se orienta al logro de un valor, provecho o utilidad resultante de aquello sobre lo que recae tal coincidencia mayoritaria, y que es “público” porque se asigna a toda comunidad como resultado de esa mayoría coincidente<sup>103</sup>. Por lo tanto, la conducta del funcionario alemán no puede ser considerada un acto corrupto a pesar de haber quebrantado los deberes que las leyes imponían a su cargo, pues con ella ha protegido intereses que por su naturaleza son públicos.

En base a todo lo expuesto, habrá un acto de corrupción pública siempre que, de acuerdo a un beneficio extrapatrimonial directo o indirecto, un funcionario público se desvíe de sus deberes institucionales y con ello menoscabe el interés público desnaturalizando los fines y objetivos de la función pública que ha garantizado proteger.

En definitiva, la corrupción pública debe contener conductas socialmente reprochables que vulneren el interés público por la generación de situaciones de desigualdad. El funcionario público que “vende” su actuación a otro sujeto movido por un beneficio patrimonial indebido causa un perjuicio grave a la función pública al crear un marco de desconfianza hacia las instituciones públicas, y por ende, produce la degradación de las bases del Estado Democrático y Social de Derecho. Esta postura es compartida por BUSTOS GISBERT, quien entiende a la corrupción pública como todo acto que supone el quebrantamiento de los principios esenciales sobre los que se asienta todo régimen democrático, especialmente la idea de que toda actividad pública debe perseguir de manera desinteresada el interés de todos los ciudadanos<sup>104</sup>.

## 6. EL COSTO DE CORROMPERSE.

La gente normalmente tiene la creencia de que la corrupción es solo una cuestión de dinero que pasa de un bolsillo a otro, una cosa fácil nos dice GIL VILLA<sup>105</sup>. Sin embargo, la estructura de la corrupción y la forma en que se desarrolla en las sociedades contemporáneas es realmente difícil de explicar, como así también, el porqué de la decisión del funcionario a corromperse. Esta última interrogante fue abordada por un sector de la investigación

<sup>102</sup> GARDINER, John. *Defining corruption*. op. cit. pág. 30. Otro ejemplo nos proporciona GRONDONA quien nos sitúa en el sistema totalitario de Stalin, donde un hombre había sido encarcelado y condenado a muerte por haber defendido su libertad hablando en público contra el régimen. En este caso, ¿no sería deseable que el carcelero o el verdugo fuesen corruptos, para poder así sobornarlos y escapar? (GRONDONA, Mariano. *La corrupción*. op. cit. pág. 90).

<sup>103</sup> ESCOLA, Héctor. *El interés público como fundamento del Derecho administrativo*. Editorial Depalma. Buenos Aires. Año 1989. pág. 240.

<sup>104</sup> BUSTOS GISBERT, Rafael. *La recuperación de la responsabilidad política en la lucha contra la corrupción: Una tarea pendiente*. op. cit. pág. 71.

<sup>105</sup> GIL VILLA, Fernando. *La cultura de la corrupción*. op. cit. pág. 61.

económica<sup>106</sup> que propuso un modelo que tiene como elemento principal la idea de que el funcionario público realiza un análisis “costo-beneficio” antes de llevar a cabo la decisión de corromperse. Como punto de partida para explicar este modelo, diremos que un funcionario público decidirá corromperse sólo cuando vea que los beneficios que obtendrá del acto corrupto serán superiores a los riesgos que asume en dicho acto, es decir, al costo que le supondría ser descubierto y ser pasible de las consecuencias administrativas (sanciones disciplinarias, destitución), penales (posible pena privativa de libertad e inhabilitación para ejercer cargos públicos) y sociales (perdida del salario que satisface las necesidades de él y su familia)<sup>107</sup>.

El primer elemento a ser tenido en cuenta por el funcionario para establecer el costo de su acto corrupto son las posibles sanciones que pudiera recibir. En ese contexto, DELLA PORTA y VANNUCCI nos dicen que al igual que con otras conductas que implican la desviación de leyes, las decisiones individuales de participar en intercambios corruptos dependerá de la probabilidad de ser denunciados y castigados, la severidad del castigo y las recompensas potenciales a ser esperados o recibidos<sup>108</sup>. Este primer costo, a parte de su expresión económica, posee una vertiente moral que se puede descomponer en dos aspectos, uno de carácter individual que se relaciona con el malestar moral que sufre el funcionario por apartarse de los deberes y reglas que forman parte de su rol funcional, y otro, que se refiere al costo social que puede causarle el acto corrupto si es descubierto en cuanto a su reputación en la sociedad y en las posibilidades futuras de que vuelva a conseguir un trabajo. Entonces, el modelo de decisión del funcionario está dado de la siguiente manera: por un lado, el funcionario tiene el sueldo o remuneración que recibe mensualmente por el ejercicio de su cargo público y además, el monto que le reportará la dádiva o recompensa por realizar el acto corrupto. Por otro, tiene las posibles sanciones que podrá recibir, el costo moral y el costo social. Así, en un principio los costos morales se encuentran en función de la magnitud de la remuneración que le reporta el acto corrupto, pero para que la balanza pese más hacia el lado de la remuneración, debe ocurrir ciertas circunstancias y oportunidades que modifiquen los costos morales. Este costo (moral) está supeditado a la eventualidad de que el funcionario sea condenado, es decir, que el hecho sea descubierto y a la vez sancionado (porque el hecho podría ser descubierto pero no necesariamente sancionado), por lo que si disminuyen dichas posibilidades el funcionario verá menores costos morales y económicos al implicarse en actividades corruptas.

En este aspecto resultan cruciales el marco normativo de referencia que posee el funcionario (estatuto o ley del funcionario público), ya que su comportamiento se encuentra sometido a una serie de parámetros y criterios que determinan casi con exhaustividad la forma y momento en que debe desarrollarse su actividad<sup>109</sup>, y la eficacia de los mecanismos de control, responsabilidad y fiscalización de las instituciones públicas que tienen la función de monitorear y corroborar que las actividades de los funcionarios estén orientadas al principio de legalidad y a

<sup>106</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando. *¿Puede el Derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del Derecho*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *La corrupción en un mundo globalizado*. op. cit. pág. 16 “Desde el análisis económico del Derecho se estudia, entre otras cuestiones, cómo deben configurarse las normas jurídicas de forma que, una vez definidas las conductas lícitas e ilícitas, puedan crearse incentivos adecuados que influyan en el comportamiento de los miembros de la sociedad. Los argumentos empleados y las conclusiones alcanzadas son válidos únicamente para individuos cuyo comportamiento se asume racional, es decir, agentes que actúan teniendo en cuenta las ganancias y los costes de sus alternativas de elección, y que optan por aquella cuya ganancia neta es mayor”.

<sup>107</sup> LÓPEZ PRESA, José Octavio. *Corrupción y cambio*. op. cit. pág. 201.

<sup>108</sup> DELLA PORTA, Donatella; VANNUCCI, Alberto. *The governance mechanisms of corrupt transactions*, en: Graf Lambsdorff, Johann; Taube, Markus; Schramm, Matthias (Editores): *The new institutional economics of corruption*. op. cit. pág. 153.

<sup>109</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro T. *Responsabilidad de los servidores públicos: Rendimiento como garantía a la legitimidad de la actuación pública*, en: Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinador): *La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*. op. cit. pág. 45.

los fines del organismo público en el cual ejerce funciones<sup>110</sup>. Estos dos ámbitos normativos que normalmente se encuentran regulados en el estatuto o ley del funcionario público, tienen como uno de sus tantos objetivos el de evitar que un funcionario público incumpla los deberes que ha asumido con la organización estatal que le ha contratado, imponiendo sanciones eficaces fijadas en función de los posibles beneficios que espera obtener el detractor. Se encuentran tan interconectadas que es irrelevante que la ley del funcionario público prevea un amplio sistema de deberes, obligaciones y sanciones, si no se implementan a su vez unos mecanismos de control y ejecución efectivos. Cuando los actos de corrupción no son descubiertos y castigados de forma ejemplar por las autoridades competentes a raíz un deficiente marco normativo o por un sistema de control y responsabilidades ineficaz, se genera un ambiente de impunidad que constituye la razón que necesitan los funcionarios para tomar la decisión de corromperse, ya que el pensamiento general será el siguiente: si otros funcionarios se comportan de forma corrupta y no les pasa nada o casi nada, ¿por qué no voy a corromperme de igual manera<sup>111</sup>? La ejecución de un acto corrupto es siempre una cuestión probabilística, pues si el funcionario público se comporta corruptamente y le ha salido bien su plan criminal, es porque ha encontrado deficiencias en el sistema normativo que orienta y regula el ejercicio de su cargo público y sabe que su práctica corrupta fácticamente está exenta de castigo alguno. Esta situación le ofrece el argumento necesario para corromperse, que es la disminución considerable de los riesgos que supone el acto ilícito con relación a los beneficios que obtendrá a cambio.

Todo este sistema de coste-beneficio no sólo debe ser asumido y calculado por el funcionario, sino también por los demás actores que intervienen en el acto corrupto. Bien dice SCHWEITZER que el cálculo debe ser hecho por todos los sujetos intervinientes y sus resultados deben ser muy similares o, por lo menos, tienen que apuntar en la misma dirección. Si el resultado del cálculo de uno de los actores no concuerda con los otros, no habrá acuerdo que amerite el acto corrupto<sup>112</sup>. Por último, es importante referirse también al precio que solicita el funcionario a cambio de la desviación de sus deberes. Es obvio que en cualquier Estado existen funcionarios o grupos delictivos quienes compiten por el monopolio del mercado corrupto, por lo que en un principio se establecería un coste entre todos los actores corruptos que genere un “equilibrio” a fin de que exista una demanda de servicios ilícitos. Como consecuencia lógica de esta “regla de juego” no puede concebirse que un funcionario establezca a su comportamiento corrupto un monto sumamente elevado, porque corre el riesgo de no atraer a ningún ciudadano que quiera “comprar” sus servicios.

## 7. LOS DELITOS DE CUELLO BLANCO Y SUS RELACIONES CON LA CORRUPCIÓN.

Dentro de la literatura criminológica cuesta encontrar materiales que nos hablen de la corrupción pública enfocada desde la perspectiva de las personas que ostenta cargos en altas esferas políticas y funcionales del Estado. Advierte RUGGIERO que sólo algunos criminólogos positivista tempranos se refirieron sobre este tema citando a Pietro Ellero, que en 1879 escribió acerca de lo que denominó la “tiranía burguesa” que causa el crimen y monopoliza su definición, postulando cuatro “pasiones” asociadas con el crimen, entre las cuales incluyó la “ambición criminal” diciendo: éste no es un sentimiento digno y noble que lleva a los individuos a conseguir logros, ni se relaciona con la vanidad o el orgullo; mas bien es un vicio del alma que conduce a un excesivo amor propio y a una estima desmesurada de sí mismo y de su autoridad,

<sup>110</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro T. *Responsabilidad de los servidores públicos: Rendimiento como garantía a la legitimidad de la actuación pública*. op. cit. pág. 47 “El establecimiento de un sistema de responsabilidad redundante en la forma igualmente beneficiosa en la ordenación interna de la propia organización administrativa, corrigiendo aquellos comportamientos contrarios a ella y que en la medida que suponen un disfuncionalidad en la organización pueden llegar a trascender y menoscabar su finalidad última, la genérica satisfacción del interés general”.

<sup>111</sup> FERNÁNDEZ RÍOS, Luis. *Psicología de la corrupción y los corruptos*. op. cit. pág. 144.

<sup>112</sup> SCHWEITZER, Hartmut. *Corruption. Its spreads and decline*. op. cit. pág. 27.

y a la búsqueda de más autoridad y dominación. Sigue acotando este autor que siete años antes de morir en 1902, Cesare Lombroso escribió en “*Delitti Vecchi e Delitti Nuovi*” sobre las diferencias estructurales entre los nuevos y los viejos crímenes, e identificó a los nuevos como aquellos cometidos por gente poderosa, en algunos casos por políticos<sup>113</sup>.

La relación «infracción penal» y «status alto» recién fue tema de discusión por parte de la doctrina criminológica como consecuencia del trabajo realizado en la primera mitad del siglo XX por Edwing H. Sutherland, que supuso un apartamiento radical y crítico a las teorías criminológicas positivas tradicionales que imperaban en la época (especialmente a las teorías biológica-hereditaria y psicológica), que fundamentaban la autoría del fenómeno criminal en individuos pobres y marginales<sup>114</sup>. Sutherland formaba parte de una nueva era de criminólogos que agrupaba corrientes doctrinales sociológicas que entendían al delito como una consecuencia de la desorganización y deficiencia de la sociedad. Ellas entendían que son las sociedades las que crean las reglas cuya infracción va a configurar la conducta desviada que origina el fenómeno de la desviación y son esas mismas sociedades, al aplicar dichas reglas a las personas que las contravienen y al clasificarlas como extrañas y diferentes, las que crean los delincuentes<sup>115</sup>. La tesis de este autor sostiene que la conducta desviada no es consecuencia directa de las disfunciones o inadaptaciones de las personas de bajo estrato social (lower class), afirmando que la criminalidad podía ocurrir en todas las clases sociales, aunque empíricamente, las personas de clase socioeconómica alta no participan en un número bastante de actos ilícitos<sup>116</sup>. La característica de que ciertos hechos ilícitos sean cometidos por personas de alto status social o financiero<sup>117</sup>, dio origen al nombre de su teoría “*Delitos de Cuello Blanco*” (White collar crime), definiendo a la misma como un delito cometido por una persona de respetabilidad y status social alto en el curso de su ocupación<sup>118</sup>.

Actualmente, se ha reconocido que ciertos aspectos fenomenológicos de la teoría del delito de cuello blanco como delito económico se asemejan a las características de la corrupción pública. Primeramente, se debe matizar que estas semejanzas se corresponden en mayor medida a los casos en que participan personalidades políticas, al poseer éstas normalmente un alto cargo público y un status social y económico superior. En cuanto a los funcionarios públicos, no se

<sup>113</sup> RUGGIERO, Vincenzo. *Delitos de los débiles y de los poderosos*. op. cit. pág. 135.

<sup>114</sup> Uno de los puntos de la crítica de SUTHERLAND radicaba en que las patologías sociales y personales en las que se fundamentaban las teorías criminológicas de su época no explicaban adecuadamente la conducta delictiva por dos razones: la primera, éstas teorías no concordaban sólidamente con los datos de la conducta delictiva reflejados en la estadística, y la segunda, los casos en que se basaban dichas teorías constituían una muestra prejuiciosa y viciada de todos los actos delictivos, poniendo como ejemplo, el hecho de que las personas de clase socioeconómica alta son más poderosas política y financieramente, y escapaban al arresto y a la condena mucho más que las personas que carecen de ese poder, aún cuando eran igualmente culpables de delitos (SUTHERLAND, Edwing H. *El delito de cuello blanco*. Editorial Universidad Central de Venezuela. Año 1969. pág. 12).

<sup>115</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Criminología*. 8ª Edición. Editorial Temis. Bogotá. Año 1987. pág. 39.

<sup>116</sup> VIRGONILI, Julio; SIMONETTI, José María. *Delitos de cuello blanco*. op. cit. pág. 6 “Sutherland se refirió directamente a un sector de la fenomenología criminal y a un sector de la estratificación social, que hasta entonces pocas veces habían coincidido en los análisis. La criminalidad era patrimonio exclusivo de las clases bajas desde el punto de vista socioeconómico. La delincuencia de las personas pertenecientes a los estratos medios o superiores no contaba prácticamente en las estadísticas de hechos delictivos y sus conductas, cuando era legalmente desaprobadas, no recibían desaprobación social en la misma medida en que la recibían los delitos pertenecientes a la criminalidad convencional”. En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminología*. 3ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2003. pág. 842.

<sup>117</sup> Menciona AVILÉS que hay veces que se busca el poder – y se accede a él- cuando a uno ya no le hace falta el dinero, cuando uno ya es un hombre de éxito y es ese éxito el que le allana el camino para acceder el poder político como otra forma de placer y de realización personal. Hay mucha gente que después de ser poderosa económicamente hablando se siente tentada por el mundo del poder político. Otras veces, sin embargo, el éxito económico aún no ha llegado de manera tan clara y contundente, y se accede al poder por otras vías y circunstancias (AVILÉS, Manuel. *El enriquecimiento ilícito. Algunas cuestiones previas y generales*, en: Avilés, Manuel (Coordinador): *El enriquecimiento ilícito*. Editorial Club Universitario. Alicante. Año 2011. pág. 38).

<sup>118</sup> SUTHERLAND, Edwing H. *El delito de cuello blanco*. op. cit. pág. 13.



puede afirmar que todos los individuos que forman parte de esta organización estatal comparten las mismas características que los políticos, pero sí se pueden englobar en dicha categoría a los que ostentan cargos altamente jerarquizados dentro de la función pública. Para una mejor comprensión de esta asimilación, se analizarán sus elementos comunes.

—*La posesión de un status social o económico elevado por parte de los intervinientes en el delito de cuello blanco y los funcionarios públicos altamente jerarquizados.*

Una de las características que podemos encontrar en muchos de los casos de corrupción pública que se asemejan a los rasgos de la teoría de Sutherland, es que se refieren a hechos delictivos cometidos por personas que poseen un status social alto y también la posibilidad de un nivel económico superior gracias a su cargo o profesión, a no ser que esta mejor posición social y económica ya lo hubiese tenido anteriormente. En el caso de los políticos, el status alto es consecuencia de la estimación social del cargo, y en relación al funcionario, es el producto de un proceso de aprendizaje, especialización y profesionalismo que ha merecido la ocupación de altos cargos dentro del escalafón jerárquico de la organización estatal<sup>119</sup>. Todo esto ha hecho que los altos funcionarios sean vistos y considerados en la sociedad como “hombres de honor”, cuya rectitud y honestidad quedaban fuera de toda duda. Justamente se ha dicho con certeza que la corrupción es un medio para alcanzar ciertos fines, y el corrupto a través de la posición que ostenta alcanza aquellos círculos sociales en los que anhela ser incluido y apreciado, en los que ve grandes oportunidades para aplicar en el futuro sus actos ilícitos y así sacar el mayor provecho mediante el ofrecimiento de los servicios de su cargo.

—*Deben ser cometidos en el ejercicio de una profesión o cargo.*

Otra de las características del delito de cuello blanco que se relaciona con los delitos de corrupción, es que debe ser cometido en correspondencia con el ejercicio de una profesión o cargo. MARCO DEL PONT y NADELSTICHER sostienen que no todo delito cometido por personas de alto status es un delito de cuello blanco, ya que es necesario que la actividad delictuosa del sujeto activo haya sido realizada en razón de la profesión u ocupación que ejerce<sup>120</sup>. Como puede observarse, no sería indiferente que las conductas socialmente desaprobadas que incluyen los delitos de cuello blanco sean también catalogadas como “delitos ocupacionales” o “posicionales”, porque a parte del status social y económico alto del sujeto activo, se refieren a hechos cometidos por cualquier persona en el curso de una ocupación y profesión relativamente definida que se desempeña habitualmente<sup>121</sup>.

—*El sujeto activo del delito de cuello blanco y los funcionarios públicos altamente jerarquizados son profesionales que manejan información privilegiada.*

No debe olvidarse que tanto los funcionarios de alta jerarquía y los políticos son personas que han sido elegidas por la confianza que el pueblo o el Estado les han dado para ocupar cargos que de por sí conllevan el manejo de información privilegiada relacionada con el interés público, como pueden ser datos sobre el mercado nacional e internacional, las

<sup>119</sup> Un dato interesante aporta LÓPEZ-REY quien manifiesta que en la criminalidad convencional el delincuente proviene sobre todo de grupos de edad entre los 15 y 40 años, en la mayoría de los casos pertenece a los grupos sociales socioeconómicamente menos privilegiados y carece a menudo de instrucción. En cambio, en la criminalidad no convencional por abuso de poder de un puesto público, los delincuentes se mueven en su mayoría en los grupos de edad a partir de los 40 años, están profesionalmente cualificados y su posición socioeconómica es la que corresponde a la clase media y superior (LÓPEZ-REY, Manuel. *Criminalidad y abuso de poder*. op. cit. pág.26).

<sup>120</sup> MARCO DEL PONT, Luis; NADELSTICHER MITRANI, Abraham. *Delitos de cuello blanco y reacción social*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. Año 1982. pág. 20.

<sup>121</sup> VIRGONILI, Julio; SIMONETTI, José María. *Delitos de cuello blanco*. op. cit. pág. 14.

necesidades públicas y, por sobre todo, conocen y manejan los recursos que posee el Estado. Esta situación de ventaja posicional es muy bien descrita por CASTRO MORENO y OTERO GONZÁLEZ: “es sobradamente sabido que el desempeño de una determinada función pública por parte de las autoridades y otros funcionarios públicos puede conllevar el conocimiento por éstos de determinadas informaciones a las que no tienen acceso la generalidad de las personas, encontrándose aquellos en una situación de privilegio de la que podrían obtener importantes beneficios económicos haciendo uso del contenido de tales informaciones que conocen por razón de su cargo. Así, el desempeño del cargo público sitúa a quien lo ostenta en una clara posición de ventaja o de privilegio frente a la generalidad de las personas”<sup>122</sup>. De esta manera, los corruptos y sus organizaciones cuentan con su propio “bazar de oportunidades”, lugar que genera un espacio en donde se toman y reciben todo tipo de iniciativas, y se llevan a cabo constantes negociaciones sobre su aceptabilidad. En otras palabras, los funcionarios públicos corruptos gobiernan el acceso a los recursos que ellos auspician y que a la vez contribuyen a definir (obras públicas, cotizaciones de empresas, etc.), para luego ofertar a los potenciales “compradores” quienes preparan el banquete de premios a ser distribuidos de acuerdo a los vínculos y jerarquías<sup>123</sup>. Puede afirmarse que el autor del delito de cuello blanco al igual que el de los delitos de corrupción pública aprovechan las oportunidades sociales que le confiere su cargo, garantizando el éxito de las operaciones corruptas que ofrece a través de los conocimientos técnicos y la información privilegiada resultantes de aquella posición<sup>124</sup>.

—*Los delitos de cuello blanco y la corrupción utilizan los mecanismos adoptados por la criminalidad organizada.*

Después de que el delincuente de cuello blanco y el funcionario corrupto hayan cosechado sus círculos de confianza, ya sea familiar, afinidad o red de amigos (a nivel de las clases sociales pudientes o dentro del tope jerárquico estatal), no es raro que toda esa pluralidad de personas con las que mantiene relaciones le genere grandes proporciones de acuerdos, negociaciones y beneficios ilícitos que indefectiblemente los tenga que administrar mediante la adopción de estructuras formales de tipo empresarial o financiera. Si bien la corrupción pública no necesariamente está supeditada a la criminalidad organizada, es evidente que constituye un mecanismo utilizado para agilizar y aumentar los acuerdos corruptos, lo cual hará más duraderas las relaciones con los clientes. Así también, en muchos casos constituye la única forma de neutralizar la persecución de sus hechos por órganos estatales competentes y la acción de los competidores<sup>125</sup>.

—*Poca reticencia social y mayor impunidad.*

SUTHERLAND acentuaba que el poder político y económico-social que ostentan los sujetos de cuello blanco hace que los mismos puedan escapar al arresto y a la condena mucho más fácil que aquellas que no gozan de las prerrogativas de su posición<sup>126</sup>. En ese orden de ideas, no se puede negar que los altos funcionarios públicos poseen las mismas facilidades por la posición política y económica que les confiere el cargo, permitiéndose contratar a abogados más hábiles o tienen una mayor posibilidad de poder influir en los titulares de la acción penal pública en su beneficio, por lo que todas estas condiciones crean un ambiente propicio para que estos actos queden impunes tal como expresa la frase “hasta el pecador puede liberarse del castigo si

<sup>122</sup> CASTRO MORENO, Abraham; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *El abuso de información privilegiada en la función pública*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2007. pág. 11.

<sup>123</sup> SAPELLI, Giulio. *Cleptocracia. El mecanismo único de la corrupción entre economía y política*. Editorial Losada. Buenos Aires. Año 1998. pág. 34.

<sup>124</sup> VIRGONILI, Julio; SIMONETTI, José María. *Delitos de cuello blanco*. op. cit. pág. 15

<sup>125</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Criminología*. op. cit. pág. 165.

<sup>126</sup> SERRANO MAILLO, Alfonso. *Introducción a la criminología*. 2ª Edición. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2005. pág. 71

cuenta con buenos intermediarios”<sup>127</sup>. A esto hay que sumar el hecho de que los delitos cometidos por éstas personas conllevan en la mayoría de los casos un proceso diferencial ante la justicia, no tanto por la aplicación formal de la ley en el sentido de que todos los ciudadanos son iguales ante la ley de un Estado, sino en su aspecto material al imponérseles un tratamiento penal mas benigno (libertad ambulatoria durante el proceso, prisión domiciliaria, cauciones, etc.), a diferencia del aplicado a los delitos convencionales en los que el recurso a la prisión preventiva es de primer orden<sup>128</sup>. En este sentido, dice NIETO con mucha claridad que lo importante no es lo que digan las leyes sino cómo se aplican por los tribunales<sup>129</sup>, siendo tan cierta dicha frase ya que de nada sirve tener muchas leyes buenas anticorrupción si éstas no son acompañadas por un eficaz procedimiento penal que asegure a los imputados a las resultas del proceso y neutralicen las posibles chicanas jurídicas provenientes de la defensa de los corruptos. Este panorama nos demuestra que tanto los corruptos como los delincuentes de cuello blanco deslegitiman el sistema penal al encontrarse inmunizados ante los rigores del procedimiento penal y las sanciones prevista en la ley.

Por ultimo, la imagen que un ciudadano tiene acerca de la criminalidad depende en gran medida de su propia experiencia personal como víctima o de sus allegados<sup>130</sup>, y como estos delitos no causan daños inmediatos en la sociedad por su carácter difuso, producen poca reacción social –para no decir “indiferencia”–, lo que ha ocasionado que la sociedad no los considere como “delincuentes”, hecho que se comprueba al no percibirse una segregación directa hacia ellos, por lo que no resulta llamativo que en épocas de campañas electorales los mismos electores no sientan ningún tipo de desprecio hacia candidatos que cometen actos ilícitos, e incluso los sigan votando a pesar de haber afrontado sonados procesos penales.

## 8. CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN.

Las diversas investigaciones sobre corrupción no se han desentendido de las posibles causas que favorecen la aparición de este fenómeno en el seno de un Estado Democrático y Social de Derecho, en las que se puede advertir algunas directamente imputables a la propia organización estatal, como otras derivadas de aspectos sociales y económicos.

—*Debilitamiento de los valores que legitiman el Estado Social y Democrático de Derecho.*

El proceso de globalización que estamos experimentando actualmente ha sido el causante de una nueva estructura social marcadamente injusta y egoísta, producida por el surgimiento de situaciones de bonanza que han beneficiado a una parte de la sociedad con el consecuente efecto de exclusión hacia otros sectores menos favorecidos, tal como menciona GIL VILLA: se les deja compartir los sueños de éxito pero no las oportunidades para conseguirlos<sup>131</sup>. Este efecto se asemejaría a la situación anómica de Durkheim que se produce por la tensión existente entre el debilitamiento de la conciencia colectiva y el individualismo exacerbado en una sociedad sometida a rápidos cambios, en la que impera un sistema de división impuesta del

<sup>127</sup> NIETO, Alejandro. *Corrupción en la España democrática*. op. cit. pág. 10.

<sup>128</sup> SUTHERLAND estimaba que el estigma sufrido por los autores de los delitos de cuello blanco era similar a la delincuencia juvenil, siendo que en ambos casos los procedimientos de la ley penal eran modificados para que el estigma que tiene todo delito, no se conecte con dichos delincuentes (SUTHERLAND, Edwing H. *El delito de cuello blanco*. op. cit. pág. 39).

<sup>129</sup> NIETO, Alejandro. *Corrupción en la España democrática*. op. cit. pág. 214.

<sup>130</sup> SOTO NAVARRO, Susana. *La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia*. RECPC 07-09. Año 2005. pág. 3.

<sup>131</sup> GIL VILLA, Fernando. *La cultura de la corrupción*. op. cit. pág. 75; GRAF LAMBSDORFF, Johann. *Causes and consequences of corruption: What do we know from a cross-section of countries?*, en: Rose-Ackerman, Susan (Editora): *International handbook on the economics of corruption*. MPG Books. U.K. Año 2006. pág. 4.

trabajo que no se responde a las aptitudes sociales de los individuos<sup>132</sup>. Si el pensamiento colectivo crece y se desarrolla a través del modelo de sociedad previsto en las cartas magnas que prescriben básicamente que todos los ciudadanos vivirán en un país que propugna y promueve el Estado Social y Democrático de Derecho, cuyo ordenamiento interno se funda en principios como el de libertad, justicia e igualdad; no puede negarse que existirá un debilitamiento colectivo y una pérdida de fe en esa construcción jurídico social cuando la percepción del ciudadano corriente vea que el “deber ser” previsto en los mandatos más importantes que imperan en su sociedad no se conciben o no se desarrollan en su “ser” de cada día al experimentar en carne propia las desigualdades que produce el aumento de los intereses individuales en contra de los generales. Un Estado que incumple la ley, no protege la propiedad, no lucha contra el contrabando e incentiva la economía subterránea, tiene como consecuencia inevitable la insubordinación de la ciudadanía hacia las instituciones por la creación de un ambiente de desconfianza que no hace más que aumentar los niveles de corrupción.

—*Crecimiento de la actividad estatal.*

Una de las características más notables de los países de Europa occidental y gran parte de Latinoamérica a partir del primer tercio del siglo XX, fue la expansión sufrida por la actividad estatal marcada por la idea de un Estado intervencionista que debía satisfacer una demanda mayor de servicios públicos, y asimismo, como encargado de solucionar los fracasos del mercado<sup>133</sup>. Todo este intervencionismo estatal generó un gasto público de magnitudes asombrosas que los Estados no estaban en condiciones de afrontarlo, lo que ocasionó la llamada “Crisis del Estado de Bienestar”. Para hacer frente a esta crisis, al Estado no le quedó otra opción que desregularizar la economía y el recorte del gasto público mediante el traslado de muchos de los servicios públicos a manos de empresas privadas, hecho que solo podía hacerse a través del procedimiento de privatización. En este gigantesco traspaso se han destacado actos de abuso de poder en los que las decisiones públicas eran “compradas” a través de sobornos provenientes de empresas transnacionales quienes en poco tiempo recuperaban el costo invertido al recortar la plantilla de trabajadores, la reducción de salarios y la posterior elevación de los costos de los servicios. A esto debe sumarse el hecho de que las empresas se adjudican millonarias sumas de dinero que no eran reinvertidas en el país donde las obtenían, con el consecuente efecto perjudicial para el bienestar de la población al ser enviadas al exterior. Por ello, los procesos de privatización han tenido una constante connotación negativa en la sociedad al constituir grandes oportunidades para la corrupción<sup>134</sup>, al suponer jugosos recursos económicos ilícitos para los funcionarios y altos jefes del gobierno, siendo ésta la razón por la cual siempre se ha dejado en entre dicho la transparencia de estos procesos de traspaso.

<sup>132</sup> VIRGONILI, Julio; SIMONETTI, José María. *Delitos de cuello blanco*. op. cit. pág. 30.

<sup>133</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *El retorno a lo privado: Ante una nueva encrucijada histórica*, en: Privatización y liberalización de servicios. AFDUAM N° 3. Año 1999. pág. 20 “Durante medio siglo, entre 1930 y 1980, el crecimiento del sector público fue espectacular. Por una serie de factores bien conocidos, entre los que podemos citar las políticas keynesianas del fine tuning (ajuste fino de la economía desde el Estado) y la consagración del Estado social o Estado del bienestar, como mecanismo de prestaciones y de redistribución de la riqueza de gran estilo, tiene lugar en esos años una progresiva invasión del Estado en la economía. Ya no se limita a hacer posible el funcionamiento de la economía mediante la fijación de unas reglas de juego que garantice el mercado y las transacciones, sino que el Estado será el encargado de configurar el orden económico, de fijar precios, de asignar rentas, de garantizar prestaciones y, finalmente, de producir y gestionar, él mismo, bienes y servicios para todos”.

<sup>134</sup> CASTRO CUENCA sostiene que en el campo penal, las operaciones de privatización pueden llegar a significar la imposibilidad de aplicar los delitos contra la administración pública en aquellas empresas que al ser privatizadas pierden su calidad de entidades públicas y, por lo tanto, sus empleados, la condición de funcionarios públicos, situación que agrava aún más la corrupción (CASTRO CUENCA, Carlos. *Corrupción y delitos contra la administración pública. Especial referencia a los delitos cometidos en la contratación pública*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. Año 2009. pág. 62).

—*Insuficiencia e ineficacia del sistema legal de la función pública.*

Los comportamientos oportunista provenientes tanto del sector privado como dentro de la función pública, tienen su origen en gran medida por la insuficiencia e ineficacia del marco legal, de los sistemas preventivos del Estado y del control del Poder Judicial. La implementación de un sistema normativo que presenta lagunas legales como un marco legal ineficaz acerca de las responsabilidades de los políticos y los funcionarios públicos, contribuye a favorecer el desarrollo de la corrupción. Si los parlamentos no construyen un eficaz marco de referencia de responsabilidad, los denunciantes de hechos de corrupción no tienen otra alternativa que recurrir como ultimo recurso a los estrados jurisdiccionales para obtener las respuestas que se deberían haber conseguido en sede parlamentaria<sup>135</sup>.

Por otra parte, se ha dicho con acierto que la burocratización extrema de las entidades públicas, provista de procedimientos largos y engorrosos, ocasiona que el ciudadano-cliente se vea compelido a ofrecer todo tipo de recompensas para conseguir ahorro de su tiempo y la aceleración o simplificación de trámites, todo lo cual, hace que la corrupción sea funcionalmente inventiva por parte de los funcionarios y gestores que ven aumentadas sus ganancias extrapatrimoniales mediante el retraso en la tramitación de procedimientos administrativos<sup>136</sup>. A esto hay que sumar la inadecuada remisión y aplicación de los “management procedures” procedentes de la empresa privada como nuevos criterios de gestión pública a fin de alcanzar eficacia y calidad en la prestación de los servicios públicos<sup>137</sup>, ya que constituyen planteamientos que no se ajustan a los valores y fines que persigue la función pública, lo que ha originado el fenómeno denominado “huida del Derecho administrativo”. Este factor, a parte de constituir una causa de corrupción, produce situaciones de desigualdad puesto que la agilización de los tediosos trámites estaría limitada a las personas que estuviesen capacitadas de afrontar los esfuerzos dinerarios solicitados por los funcionarios o gestores.

Otros factores relacionados al Estado son la débil gestión del gasto público, la poca transparencia de los procesos de contratación y una deficiente rendición de cuentas, todo esto agravado por una limitada capacidad estatal para detectar y monitorear los hechos ilícitos en etapas tempranas, las cuales dan lugar a considerables oportunidades para la corrupción. En países desarrollados se evidencian regímenes fiscales y comerciales confusos que hacen que las empresas busquen a través de sobornos la posibilidad de evadir impuestos mediante la vista gorda de los inspectores de impuestos.

—*La expansión de la globalización y la liberación del comercio internacional.*

La magnitud económica que ha experimentado el comercio internacional como consecuencia de la globalización (gracias a la libre circulación de capitales, liberalización de mercaderías y la eliminación de barreras arancelarias) ha supuesto en los espacios nacionales, regionales e internacionales, un ambiente ideal para la proliferación de asociaciones de corruptos que a través de artimañas ilícitas (sobornos, tráfico de influencias, prevaricaciones) tienden a obtener el monopolio del comercio. Naturalmente, este hecho varía sustancialmente de acuerdo a las características del contexto del país en el que se sucede, existiendo más oportunidades en un país adelantado económicamente que uno subdesarrollado. Así también, la mayor intervención estatal en la economía ha constituido un factor favorecedor para estas

<sup>135</sup> BUSTOS GISBERT, Rafael. *La corrupción de los gobernantes: Responsabilidad política y responsabilidad penal*. op. cit. pág. 36.

<sup>136</sup> GÓMEZ, Carlos Mario. *El análisis económico de la corrupción*, en: Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinador): *La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*. op. cit. pág. 83.

<sup>137</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro T. *Responsabilidad de los servidores públicos: Rendimiento como garantía a la legitimidad de la actuación pública*. op. cit. pág. 92.

prácticas corruptas<sup>138</sup>, puesto que su regulación es otorgada a funcionarios públicos con excesiva discrecionalidad y los grupos empresariales no escatiman ofrecer cualquier tipo de dádivas o ventajas a los mismos con tal de conseguir mejor condiciones que sus competidores. Además, la corrupción ha cambiado sus aspectos esenciales que en un principio presentaba características de criminalidad individual, evidenciándose actualmente un incremento de sus actividades ilícitas gracias a la adopción de modelos delictivos organizados.

—*La mala posición de los funcionarios públicos.*

Esta causa agrupa varias circunstancias que se relacionan con los derechos esenciales del cargo de funcionario público, que como consecuencia del desinterés y degradación de las mismas por parte de los encargados de llevar adelante las políticas de la función pública, constituyen actualmente los principales factores originarios de corrupción pública. En primer lugar, se reconoce que en muchos países no existen criterios uniformes en cuanto a los procedimientos de elección del personal público, y si los hay, son caracterizados por sus constantes irregularidades al constatarse que la mayoría de las veces los puestos públicos son ocupados por personas poco preparadas cuyos nombramientos han sido autorizados por relaciones políticas, de parentesco o de amistad<sup>139</sup>.

En segundo lugar, existe un consenso en la doctrina en que una de las causas importantes de la corrupción y que determina que los funcionarios públicos decidan desviarse de sus deberes legales, es el problema de los sueldos bajos proveídos a los miembros de la función pública. A veces la sociedad ha querido perdonar los comportamientos corruptos bajo el argumento de que al percibir un sueldo insuficiente el funcionario no puede satisfacer sus necesidades básicas. Una de las teorías que se podría aplicar para entender como se lleva a cabo empíricamente esta causa, la podemos encontrar en la anomia de MERTON. Según este autor, en las estructuras sociales y culturales existen dos elementos de importancia. El primero consiste en objetivos, propósitos e intereses culturalmente definidos, sustentados como objetivos legítimos por todos los individuos de una sociedad y que comprenden una estructura de aspiraciones. Son las cosas “por las que valen la pena esforzarse”. Como ejemplo, normalmente se señala dentro de este grupo aquellas necesidades básicas que posee el funcionario público y su familia tales como la alimentación, educación, salud y un buen bienestar. El segundo elemento de la estructura social define, regula y controla los modos admisibles para alcanzar esos objetivos. Al respecto puede citarse el sueldo del funcionario o las remuneraciones provenientes de la docencia en su caso. De esta manera, habría un equilibrio en la estructura social si las satisfacciones resultantes de los individuos se ajustan a la satisfacciones procedentes de los modos institucionalmente canalizados de alcanzarlos. De lo contrario, habrá “anomia” cuando los objetivos-metas no tengan el mismo equivalente en cuanto a medios institucionales para alcanzarlos<sup>140</sup>.

En ese sentido, el desvío por parte de un funcionario de su rol público se debe completamente a la acción u omisión del propio Estado de acuerdo a tres premisas: 1) ha ocasionado que dentro de la sociedad existan diferencias sociales y culturales que se exteriorizan

<sup>138</sup> CARBAJO CASCON, Fernando. *Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: Una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión.* op. cit. pág. 130 “Si la intervención pública en la economía asumiendo la iniciativa empresarial en sectores estratégicos e imponiendo fuertes barreras y controles para el acceso de la iniciativa privada a otros sectores fue el caldo de cultivo ideal para la proliferación de la corrupción en el sector público (al conjugarse intereses públicos y privados en mercados estratégicos por su trascendencia económica), los procesos de privatización y la ola de liberalización (desregulación) que viene produciéndose en las economías capitalistas desde el último cuarto del siglo XX, han causado un notable acrecentamiento de los escándalos financieros en la gran empresa privada con conexiones generalmente en los mercados financieros”.

<sup>139</sup> MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos.* op. cit. pág. 74

<sup>140</sup> MERTON, Robert K. *Teoría y estructura sociales.* Editorial Fondo de la Cultura Económica. México D.F.. Año 1987. pág. 210.

en una sociedad marcada por las desigualdades, donde los estratos bajos no se identifican con los altos, 2) ha permitido que se geste en los individuos una presión desmesurada hacia el éxito, traducido éste en cualquier medio material o simbólico como el dinero, el status social y económico o el prestigio y 3) el no acceso pleno e igualitario a las oportunidades que permiten alcanzar las metas u objetivos propuestos. El funcionario como persona humana tiene objetivos y metas propias, y hasta otros muchos más sublimes que se derivan de su familia, pero al ver que la remuneración proveniente su cargo no es suficiente para alcanzar dichos objetivos, que hasta a veces no llega a satisfacer sus necesidades mínimas de subsistencia, se produce en el interior de su persona un conflicto psicológico que le induce a conseguir de cualquier modo esos medios, incluso, mediante la comisión de un delito.

El desequilibrio ocasionado por la desproporción entre objetivos y medios institucionalizados es la causante de la insatisfacción sufrida por el funcionario. Sin embargo, el grado de insatisfacción se encuentra condicionado por la medida de las metas propuestas por los individuos de la sociedad, llegando incluso a evidenciarse situaciones que hasta si se quiere decirse, son extremas. Es sabido que el modelo de Estado de Bienestar nos indica que el Estado es garante de proporcionar a los ciudadanos una distribución de riqueza y de prestaciones que se encuentren acorde con la satisfacción material de sus necesidades básicas, pero dadas las características de nuestro estilo de vida actual ya no es raro que el concepto subjetivo de lo que se entiende por “necesidades básicas” se halle totalmente superado, puesto que existen situaciones en las que no tener automóvil puede generar una frustración casi tan grande como no poder hartarse de comida<sup>141</sup>. Así pues, la ruptura de normas realizada por el funcionario público corresponde en gran medida al Estado porque no regula un sistema de metas básicas, que por defecto, se encuentra impulsado por la presión social influenciada por los efectos de la globalización y por el estado de insatisfacción en el que se encuentran sumergidos estos sujetos al no contar con los medios suficientes para satisfacer sus necesidades. Por ello, GIL VILLA señala que la corrupción no es sino la forma particular de hacer revolución por parte de un sujeto que siente y vive los efectos de una estructura social injusta, siendo responsable de todo ello el Estado y la clase política que lo conduce, por lo que boicoteará a ese Estado siempre que se le presente la oportunidad de hacerlo en forma oculta<sup>142</sup>.

Por otra parte, el sector retributivo latinoamericano contempla el mismo problema que CASTILLO BLANCO menciona adolecer el sistema español al no prever políticas salariales eficaces que se ocupen de todos los aspectos relevantes del paquete retributivo que debe percibir cada funcionario público, partiendo de la delimitación de lo que debe entenderse por salario y si el mismo forma parte o no de otras variables (jornada, promoción, vacaciones pagadas, compensaciones, etc.), que integran el sistema total de recompensas<sup>143</sup>. Esto es así, en razón a que la gestión de los recursos humanos de la función pública y en especial en el ámbito retributivo, no es algo que –aunque pueda resultar paradójico– se resuelva exclusivamente con dinero, puesto a que si éste no se aplica en conexión con una estrategia global de gestión que responda a unos criterios coherentes y que produzca satisfacción en cuanto a su comparación con el sector privado, lo más probable será que el sistema se desnaturalice y se convierta en un factor de desmotivación para el funcionario público por su falta de equidad<sup>144</sup>.

—*Debilitamiento de las expectativas normativas del rol funcional del servidor público.*

Por último, otra una causa grave de corrupción es la inadecuada instrucción humana y profesional que reciben los funcionarios públicos por parte del Estado que disminuye el grado de

<sup>141</sup> GIL VILLA, Fernando. *La cultura de la corrupción*. op. cit. pág. 80.

<sup>142</sup> GIL VILLA, Fernando. *La cultura de la corrupción*. op. cit. pág. 83.

<sup>143</sup> CASTILLO BLANCO, Federico. *El sistema retributivo en la función pública española*. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2002. pág. 9.

<sup>144</sup> CASTILLO BLANCO, Federico. *El sistema retributivo en la función pública española*. op. cit. pág. 10.

fortalecimiento de las expectativas que integran su rol social. Sin duda, esto es debido a que los países que presentan mayor índice de corrupción contienen una estructura estatal carente de una sólida cultura administrativa basada en valores y principios de ética pública, que ocasiona que los servidores públicos pierdan todo compromiso ético y normativo con los fines de su organización<sup>145</sup>. Esto posibilita la aparición de conductas deshonestas en la función pública debido a que los grupos corruptos encuentran una organización administrativa débil que no brinda mucha resistencia para quebrantar sus deberes institucionales, que mediante el ofrecimiento de cualquier tipo de ganancias ilícitas consiguen fácilmente sus objetivos. Desde esta perspectiva, se deduce que un factor que aumenta el riesgo de corrupción es el desequilibrio entre intereses, incentivos y normas dentro de las instituciones del Estado.

## 9. EFECTOS DE LA CORRUPCIÓN.

Como pudimos observar, la corrupción se presenta como un fenómeno sumamente complejo que penetra en todas las esferas de nuestra vida social, surgiendo en consecuencia una preocupación acerca de los efectos que produce dicho fenómeno, los cuales dependerán casi exclusivamente del ámbito en el cual se haya manifestado. Desde una perspectiva teórica, las investigaciones han querido dividir los efectos de la corrupción en dos partes, en positivos y negativos.

—*Positivos.*

Parte de la doctrina ha propuesto una teoría que actualmente no se encuentra totalmente superada que proclama eventuales aspectos positivos de la corrupción, específicamente sobre la economía y el Estado, al sostener que resulta beneficiosa para el crecimiento económico de ciertos países subdesarrollados<sup>146</sup> y por constituirse en un factor de innovación, competencia e eficiencia de la maquinaria estatal<sup>147</sup>. En los años 80 y 90, países altamente corruptos han experimentados fuertes crecimientos económicos gracias a legislaciones menos restrictivas que permitían el ingreso de capital extranjero o el acceso a sus connacionales de bienes y servicios antes casi imposibles, lo cual ayudaba a mitigar notablemente la pobreza. En este sentido, podemos citar a las hidroeléctricas paraguayo-brasileña ITAIPÚ y a la paraguayo-argentina YACYRETÁ. La segunda hidroeléctrica citada, constituida en entidad binacional, es una de las más grandes de la región y la que más casos de corrupción supuso su construcción. Su costo presupuestario original fue excedido varias veces, lo que dio pie al comienzo de una avalancha de denuncias de corrupción que iban desde hechos de malversación hasta cohechos y otras relacionadas a la violación de los derechos humanos por el impacto negativo sobre las poblaciones aledañas a la obra y al medio ambiente. Sin embargo, al satisfacer la demanda de energía eléctrica tanto al Paraguay como a la Argentina, se obtienen a cambio grandes sumas de dinero o “royalties” que son ingresados a los presupuestos generales de ambos países, que a su vez son repartidos a las distintas regiones y poblaciones para el desarrollo de políticas que tienden a mejorar el nivel económico y social de los ciudadanos.

<sup>145</sup> GONZÁLEZ PÉREZ denomina a la falta de valores éticos dentro de las administraciones públicas como “ausencia de espíritu de servicio público” (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*. Editorial Thomson-Civitas. Año 2006. pág. 41).

<sup>146</sup> GÓMEZ, Carlos Mario. *El análisis económico de la corrupción*. op. cit. pág. 79; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (anotaciones para un derecho penal globalizado)*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *La corrupción en un mundo globalizado*. op. cit. pág. 229; KLITGAARD, Robert. *Controlando la corrupción*. op. cit. pág. 43.

<sup>147</sup> LEFF, Nathaniel H. *Economic development through bureaucratic corruption*, en: Heidenheimer, Arnold J.; Johnston, Michael (Editores): *Political corruption. Concepts and contexts*. op. cit. págs. 313-315.



Un segundo argumento sostiene que el dinero generado por la corrupción pública ayuda a complementar los bajos salarios percibidos por los funcionarios públicos<sup>148</sup>. Los montos extrapatrimoniales de dinero recibidos por los funcionarios resultarían un beneficio social, no sólo por el hecho de que aumentarían los bajos ingresos públicos al ser pagados directamente por los usuarios-clientes, sino que también reduciría la carga de impuestos que deben soportar los demás agentes económicos para financiar el sector público, lo cual podría ser beneficioso en términos de crecimiento económico. Un tercer argumento estaría fundamentado en que con los pagos corruptos disminuiría el tiempo que tardan los engorrosos trámites burocráticos a los que están sometidos diariamente los ciudadanos en sus relaciones con la administración. En países en donde sus sistemas administrativo y legal están compuestos por largos y complicados trámites, los pagos corruptos o grease payments (pagos de engrase)<sup>149</sup> se convertirían en el lubricante necesario para agilizar a un Estado marcadamente burocrático. En ese sentido, ROSE-ACKERMAN señala que los sobornos pueden suponer un incentivo para que los funcionarios ineficientes cumplan sus obligaciones con más rapidez, entusiasmo y eficacia<sup>150</sup>. Sin embargo, esta misma autora sostiene que este supuesto efecto positivo a la larga puede volverse un factor contraproducente, en el sentido de que los funcionarios corruptos maliciosamente transformarían los procesos burocráticos en fuente de demora y otros costos, y con ello, conseguirían más oportunidades para exigir o amenazar a los usuarios a que presten mayores sobornos<sup>151</sup>. De esta manera, siempre habrá cierta reacción social tolerante hacia las consecuencias contraproducentes de la corrupción, siempre y cuando los beneficios que proporciona al ciudadano las compensen.

—*Negativos.*

Los supuestos efectos positivos de la corrupción que acabamos de citar pueden en todo caso aportar soluciones a corto plazo, pero todos se basan en hechos de corrupción que la sociedad debe de tolerar, los que sin dudas tienen lugar a costa de graves consecuencias negativas sobre la economía, las bases constitucionales del Estado y, en última instancia, sobre los mismos ciudadanos.

En primer lugar, los expertos advierten que la corrupción produce un impacto negativo en el consumo del país por cuanto los miembros de una familia deben organizar la poca renta que reciben ya que obligatoriamente tendrían que distraer una parte de la misma para pagar la voluntad de los funcionarios<sup>152</sup> y así poder acceder a determinados bienes y servicios o, como se ha mencionado anteriormente, si desean agilizar los trámites administrativos atascados por un sistema burocrático ineficiente del Estado. Esto traería el efecto secundario de que sólo se beneficiarían aquellas personas que poseen mayores rentas para pagar los sobornos. Por lo que además de costarle mucho dinero a los ciudadanos la corrupción, genera el aumento de los niveles de desigualdad<sup>153</sup>.

<sup>148</sup> MURIEL PATINO, María Victoria. *Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción*. op. cit. pág. 32; GÓMEZ, Carlos Mario. *El análisis económico de la corrupción*. op. cit. pág. 82; KLITGAARD, Robert. *Controlando la corrupción*. op. cit. pág. 46.

<sup>149</sup> GARZÓN VALDES, Ernesto. *El concepto de corrupción*, en: Zapatero, Virgilio (Coordinador): *La corrupción*. Editorial Coyocan. México. Año 2007. pág. 18.

<sup>150</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. *When is corruption harmful?*, en: Heidenheimer, Arnold J.; Johnston, Michael (Editores): *Political corruption. Concepts and contexts*. op. cit. pág. 359.

<sup>151</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. *Introduction and overview*, en: Rose-Ackerman, Susan (Editora): *International handbook on the economics of corruption*. op. cit. pág. XVIII.

<sup>152</sup> Transparencia Internacional en su barómetro global de la corrupción de año 2009, ha preguntado a sus encuestados qué cantidades de dinero habían pagado en sobornos durante los 12 meses anteriores, y se les pidió que calcularan qué porcentaje de sus ingresos representó este desembolso. Estos respondieron que habían gastado cerca del 7% de sus ingresos anuales en sobornos, lo que supone una proporción notable de los ingresos disponibles de un ciudadano corriente. En los sectores más pobres puede llegar incluso a producir situaciones en que un ciudadano no pueda llegar a cubrir sus necesidades básicas necesarias.

<sup>153</sup> GRONDONA, Mariano. *La corrupción*. op. cit. pág. 97.

En segundo lugar, la corrupción tiene efectos negativos sobre la redistribución de la riqueza dentro de una sociedad por el mayor beneficio que obtienen los ricos y privilegiados a costa de las clases sociales más bajas compuestas por gente pobre y proveniente del sector rural<sup>154</sup>. En este sentido, existen ciertos grupos empresariales que buscan por todos los medios la monopolización del mercado y lo consiguen en gran medida gracias a acuerdos corruptos concertados con los gobiernos de turno. El grupo Control Risks and Simmons & Simmons en su encuesta de 2006, indicaba que al menos el 43% de sus encuestados creen haber fracasado en ganar nuevos negocios y contrataciones en los cinco años anteriores porque su competidor había pagado sobornos<sup>155</sup>.

Todo esto trae como consecuencia la reducción de las posibilidades de elección de los consumidores quienes deben conformarse con los precios y calidades ofrecidos por las empresas dominantes<sup>156</sup>. TI menciona en su informe sobre el Índice de Fuentes de Soborno del año 2008, que el 32% de los altos ejecutivos de empresas entrevistados señalaron que se recurre habitualmente al soborno para influir en determinados resultados políticos que producen beneficios unilaterales a sus empresas. Todos los hechos que acaban de citarse ocasionan una cadena de efectos devastadores para la economía de un país, porque si se disminuye el nivel de producción indefectiblemente habrá una reducción del poder de empleo que genera el sector privado, y si la producción de los requerimientos básicos de una sociedad queda en manos de monopolios empresariales, éstos podrán aumentar los precios a su antojo. De todo lo mencionado se advierte que la corrupción genera pobreza o la aumenta, hecho que se puede constatar nítidamente en los países subdesarrollados.

En tercer lugar, la corrupción produce en las economías de los países afectados un aumento de los costes que tiene como efecto la creación de un ambiente de incertidumbre que provoca la reducción de la inversión nacional o extranjera<sup>157</sup>. Si cada empresa que quisiera invertir en un país se le impone desde un principio el pago de sobornos a un sinnúmero de personas –entre ellas funcionarios y autoridades del gobierno– que prometen acuerdos cuyos resultados no pueden ser garantizados por no constatar en documentos legales por su carácter secreto, es obvio que a éstas no le resulta un negocio útil y provechoso, por lo que terminan buscando otros territorios menos conflictivos para invertir. La inversión pública también se ve afectada por la corrupción y condiciona el efectivo desarrollo de los proyectos financiados por el Estado, lo cual entorpece la prestación de los servicios públicos.

En cuarto lugar, la corrupción ocasiona un aumento del valor de los bienes y servicios que son utilizados por los ciudadanos. KLITGAARD ejemplifica que en un país en el que imperan políticas corruptas en las adquisiciones hace que los gobiernos deban pagar entre un 20% y un 100% más que el precio que pagarían en ausencia de corrupción<sup>158</sup>. Esto traería dos consecuencias: a) acarrearía un sobre-costo que se incluiría en el precio final que deberá ser absorbido por el público consumidor, y b) este mayor costo haría que el valor de los bienes y servicios se eleve, lo que dificultaría su acceso a todos los sectores de la sociedad.

En quinto lugar, la corrupción afecta negativamente al gasto público. Los presupuestos generales de un Estado dejarían de contar con valiosos recursos que se destinan a acuerdos ilícitos o al enriquecimiento de funcionarios corruptos, cuyo destino principal es el desarrollo y

<sup>154</sup> KLITGAARD, Robert. *Controlando la corrupción*. op. cit. pág. 53; GÓMEZ, Carlos Mario. *El análisis económico de la corrupción*. op. cit. pág. 84.

<sup>155</sup> *International business attitudes to corruption-survey*. Control Risks Group Limited and Simmons & Simmons. Año 2006. pág. 5.

<sup>156</sup> FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (anotaciones para un derecho penal globalizado)*. op. cit. pág. 231

<sup>157</sup> LÓPEZ PRESA, José Octavio. *Corrupción y cambio*. op. cit. pág. 25; MURIEL PATINO, María Victoria. *Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción*. op. cit. pág. 33.

<sup>158</sup> KLITGAARD, Robert. *Controlando la corrupción*. op. cit. pág. 52.

financiamiento de las políticas sociales, económicas y la ejecución de proyectos públicos. Además, la reducción del ingreso se maximiza con el hecho de que la corrupción fomenta la existencia de sistemas impositivos viciados, provistos de una mala política de exenciones tributarias que propician la evasión de impuestos o que favorecen solamente a la parte de la sociedad mejor posicionada económicamente. La consecuencia inmediata de este efecto es el aumento del déficit público, ya que el Estado para el cumplimiento de sus proyectos necesariamente deberá contraer empréstitos nacionales o extranjeros u otros medios de financiación, que serán en gran medida cubiertos por los ciudadanos mediante una mayor carga impositiva que sin dudas disminuirá el crecimiento económico de un país<sup>159</sup>.

En sexto y último lugar, como los funcionarios públicos tienen la misión de servir a los demás sin más interés que el bien común, la corrupción hace que éstos se aparten de este fin al motivar el alejamiento de las expectativas de su rol social, influyendo de esta forma al descrédito de la ciudadanía hacia las instituciones públicas y en cuanto a la legitimidad del Estado Democrático de Derecho<sup>160</sup>. Uno de los pilares sobre los que se sustentan los sistemas jurídico-políticos radica en la confianza pública que existe en las instituciones del Estado cuya tarea no es otra que satisfacer las necesidades de la sociedad, y para que las mismas se encuentren socialmente legitimadas, no sólo necesitan que estén investidas del imperium legal requerido, sino también de la fe o credibilidad que la ciudadanía deposita en la intervención de los funcionarios que transmiten la voluntad estatal<sup>161</sup>. Este segundo aspecto es el que resulta más afectado, y en ese sentido puede afirmarse que la corrupción constituye uno de los enemigos más execrables de nuestra democracia porque fomenta la posibilidad de que los funcionarios traicionen los fines de su rol funcional, dejando a sus destinatarios en un estado de completa indefensión al saber éstos que la propia función pública que está destinada a mantener la vigencia de sus derechos fundamentales y de protegerlos ante cualquier situación de desamparo, es la que más abusa de ellos a través de una organización corrupta. Con acierto GIL VILLA menciona que la corrupción es un cáncer para la sociedad porque ataca el cimiento de la confianza<sup>162</sup>.

## **10. PROPUESTA PARA DESALENTAR A LAS PRÁCTICAS CORRUPTAS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA.**

Para el normal desempeño de las funciones del Estado es imprescindible que los funcionarios realicen correctamente las actividades de su cargo de acuerdo a su marco normativo y a los objetivos trazados por su organización pública. Sin embargo, aunque el funcionario es instruido a seguir al pie de la letra las expectativas y deberes legales que rigen su cargo o función –presumiéndose que de hecho así se comportará en el sentido de una predicción-, este hecho no es siempre así. Las expectativas y fines de la función pública corren el peligro de ser defraudadas ya que existe la posibilidad de que el funcionario se aparte o se desvíe de sus funciones (en vista a que toda función regulada por normas puede ser infringida, y quien lo hace, la corrompe). Esta hipótesis lastimosamente se refleja en gran medida en la actual realidad estatal paraguaya, ya que según el último informe del índice de percepción de la corrupción de TI el Paraguay ocupa el puesto 150 de 175 países, teniendo un puntaje de 24 en comparación al 91 que posee Dinamarca como Estado menos corrupto<sup>163</sup>.

<sup>159</sup> GÓMEZ, Carlos Mario. *El análisis económico de la corrupción*. op. cit. pág. 84.

<sup>160</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *La corrupción en un mundo globalizado*. op. cit. pág. 247.

<sup>161</sup> VILLADA, Jorge Luis. *Delitos contra la función pública*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Año 1999. pág. 24.

<sup>162</sup> GIL VILLA, Fernando. *La cultura de la corrupción*. op. cit. pág. 30.

<sup>163</sup> Transparencia Internacional. *Índice de percepción de la corrupción*. Año 2013.

Estos datos y la aparición constante de escandalosos casos de corrupción pública evidencian que los principios democráticos y éticos que se promueven en la función pública paraguaya no han sido lo suficientemente consistentes para hacer frente a las diversas tentaciones a que son sometidos los servidores públicos. Estos problemas pueden ser solucionados mediante una eficiente política retributiva que mejore las condiciones económicas y sociales a los funcionarios públicos, pero por sobretodo, es importante que la organización funcionarial someta a su colectivo a un proceso de refuerzo de las expectativas de su rol que permita fortalecer su cultura administrativa o espíritu de servicio. La cultura administrativa constituye una herramienta que el Estado aplica en sus políticas de gestión de recursos humanos a los efectos de lograr el correcto comportamiento de los funcionarios y fomentar la identificación normativa de los mismos con la misión y objetivos de la función pública, aunque es importante decir que una óptima cultura administrativa no podría configurarse sin el respaldo de una infraestructura ética que le sirva de soporte.

La necesidad de que el Estado implemente políticas de ética pública se debe a que los grandes cambios producidos en la estructura de nuestra sociedad actual han producido un derrumbamiento de los valores tradicionales, siendo la función pública uno de los ámbitos más golpeados. Precisamente en el seno de esta organización humana en la que no faltan los hechos de arbitrariedad en el uso del poder público, muchas veces tentados por la corrupción, es donde más se necesita la recuperación de los valores éticos como referentes de su correcta actuación a través de la transformación de la mentalidad del personal al servicio del Estado. Es así que la ética pública debe constituirse en un mecanismo de control o muro de contención frente a la corrupción y el fraude, mediante la implementación de sistemas que proporcionen incentivos para el profesionalismo y la revalorización de los deberes y obligaciones del funcionario, con lo cual se conseguirá una función pública óptima y eficaz, fundada en funcionarios firmemente apegados a los postulados normativos que orientan su rol, que no son otros que la prestación de servicios de calidad y la promoción de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Para que este proceso fuese realmente efectivo el refuerzo debe hacerse desde el ingreso del servidor público al organismo funcionarial, aprovechando el hecho de que los recién incorporados son los que mayormente muestran ilusión por aprender y desarrollarse dentro de la estructura estatal, para luego ir complementándolo con un constante perfeccionamiento de sus conocimientos y habilidades. El informe de la comisión Nolan incluía esta postura como una de sus recomendaciones: “hay que hacer mucho más para impulsar y reforzar las normas de conducta en los organismos públicos, concretamente a través de la orientación y la formación, incluida la formación a la toma de posesión de un cargo”<sup>164</sup>.

Es sabido que la corrupción elige como blanco principal para la consecución de sus fines ilícitos a funcionarios carentes de principios éticos que no dudan en desviarse de sus deberes funcionales por cualquier tipo de ofrecimiento. Pero si los agentes corruptores encuentran desde el principio una función pública que inculca y refuerza los valores de servicio a sus miembros y éstos mantienen una sólida identificación normativa con su organización, les será más difícil poder quebrantar el principio de fidelidad que posee el funcionario, lo que traería una considerable disminución de los hechos de corrupción pública. De ahí que el Estado deba implementar un marco institucional que favorezca las conductas éticas y motive a los funcionarios a servir al bien público, cuyo éxito dependerá en gran medida del grado de madurez cívico del legislador ya que es el encargado de impulsar estas políticas y de precisar

---

<sup>164</sup> *Normas de conducta en las instituciones públicas. Primer informe de la comisión de normas de conducta en las instituciones públicas.* Presidente Nord Nolan. Volumen I. Instituto Vasco de Administración Pública. Año 1996. pág. 13. La Comisión Nolan fue creada a finales del año 1994 por el entonces Primer Ministro del Reino Unido Lord Nolan, con el objeto de examinar las normas vigentes en el referido país sobre las reglas de conducta de los funcionarios públicos, y proponer los cambios que fuere necesario introducir en las aquellas normas, a fin de garantizar un comportamiento intachable de la función pública.

cuales son los valores que deben imperar en la función pública, que luego serán interiorizados, puestos en practica y comprobados<sup>165</sup>.

Todo esto ayudará a forjar funcionarios públicos fuertemente identificados con su organización pública y generará una voluntad infranqueable ante cualquier situación de injusticia, y más aún, ante las tentaciones de la corrupción. Este arquetipo de función pública sería lo ideal para las generaciones futuras de servidores públicos, pero nos gustaría pensar como NIETO, quien cree que todavía existe esta clase de funcionarios: “lo más importante de todo es, sin embargo, la voluntad de funcionarios individuales dispuestos a cumplir con su deber por encima de todas las injusticias, desgracias y circunstancias adversas. Sorprendería conocer el número y el coraje de estos funcionarios generosos, incontaminados aún. Quienes tratan con la administración saben que en cada dependencia hay un funcionario, a veces de categoría modesta, que ha cargado voluntaria y gratuitamente sobre sus hombros la tarea de hacer que el servicio funcione. Y lo curioso del caso es que estos individuos están perfectamente identificados por la superioridad que ni los gratifica ni los estimula, pero, eso si, respeta su puesto y función informal porque sabe que, si los toca, se disuelve el servicio”<sup>166</sup>. Convencidos estamos que el proceso de actualización y reforzamiento de los valores éticos del funcionario es una –si no la más importante– de las reformas que debe realizar el Estado para obtener el tipo ideal de funcionario público que menciona Nieto, incorruptible y más eficiente en el cumplimiento de sus funciones.

---

<sup>165</sup> En el Reino Unido la Comisión Nolan recomendó la realización de forma regular en los ministerios y agencias encuestas sobre el conocimiento y comprensión que el personal tiene de las normas éticas que les son aplicables; y si dichas encuestas revelasen áreas problemáticas, se facilite asesoramiento de la forma más adecuada, especialmente mediante formación adicional (*Normas de conducta en las instituciones públicas. Primer informe de la comisión de normas de conducta en las instituciones públicas*. op. cit. pág. 74).

<sup>166</sup> NIETO, Alejandro. *La Organización del desgobierno*. Editorial Ariel. Barcelona. Año 1984. pág.134.



## Capítulo II

# LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO OBJETO DE TUTELA AFECTADO POR LA CORRUPCIÓN

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES.

La CNP del año 1992 en los Arts. 101 al 106 reconoce a la función pública como la institución que regula y protege el interés común de la ciudadanía, concediendo derechos, deberes y obligaciones específicas a las personas (funcionarios o empleados públicos) que desempeñan una función estatal. Por medio de estos preceptos el constituyente ha establecido el marco constitucional que establece las notas primordiales que deben caracterizar al modelo de función pública y de su elemento primordial, el funcionario público, ya que toda sociedad que recibe los servicios del Estado le interesa contar con una organización funcionarial eficiente y sostenida sobre los principios de probidad, legalidad, desinterés, eficacia, disciplina, fidelidad y respetuosa con los derechos fundamentales.

Sobre estas premisas se admite con carácter general que la función pública es un bien jurídico merecedor de tutela. La materia de protección se refiere a la forma de actuación de los funcionarios que prestan servicios en nombre del Estado conforme a unos fines y en el sometimiento a los principios que informan el procedimiento en la adopción de decisiones de su competencia<sup>1</sup>. Lo que quiere decir que la función pública no se protege *per se*, su prestigio o dignidad, sino que el interés merecedor de protección es la actividad pública y los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a sus ciudadanos, todos ellos, de acuerdo a los principios de un Estado Social de Derecho<sup>2</sup>. Esto es así porque la función pública no se justifica ni legítima por sí misma sino en cuanto es un instrumento al servicio de los ciudadanos, como actividad prestacional dirigida a la satisfacción de intereses generales<sup>3</sup>.

El legislador ha dado respuesta a esta necesidad de tutela de la función pública principalmente mediante dos ordenamientos jurídicos: la LFPP y el CPPyo de 1997 a través del Capítulo III del Título VIII que se refiere a los “hechos punibles contra el ejercicio de las funciones públicas”. Las rúbricas de los Títulos y Capítulos poseen un rol importantísimo dentro de la sistemática de una ley o un código penal, y condicionan la interpretación de las instituciones y hechos punibles en ellos contenidos, por lo que todo aquel que los analiza deberá necesariamente dirigir su investigación al estudio del concepto de función pública, los elementos que la componen y la función que cumple dentro del contexto social. De las conclusiones alcanzadas dependerá en gran medida la correcta determinación de los elementos principales que contiene el delito de enriquecimiento ilícito, y por sobre todo, de su objeto de protección.

### 2. LA FUNCIÓN PÚBLICA.

Definir a la función pública se ha vuelto una tarea arduamente difícil al no tener una referencia directa sobre esta organización pública, en razón a que los conjuntos normativos que la regulan no nos ofrecen un concepto absolutamente claro y concreto<sup>4</sup>. No obstante, del análisis

<sup>1</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Corrupción y delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 71.

<sup>2</sup> MORALES PRATS, Fermín; RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *Delitos contra la administración pública*, en: Morales Prats, Fermín (Coordinador): *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. 8ª Edición. Editorial Aranzadi-Thomson Reuters. Pamplona. Año 2009. pág. 1594.

<sup>3</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*, en: San Martín Castro, César Eugenio; Caro Coria, Dino Carlos; Reaño Peschiera, José Leandro: *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*. Aspectos sustantivos y procesales. Editorial Jurista. Lima. Año 2002. pág. 130

<sup>4</sup> MOREY, Andrés. *La función pública. Necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 2004. pág. 38.

de las leyes o estatutos de función pública, del relieve e importancia específica que adquiere en las constituciones, podemos extraer algunas pautas sobre cómo se manifiesta y desenvuelve, cómo son los tipos de actividades que realiza y las cualidades que deben poseer las personas encargadas de ellas. El modelo constitucional de un país se erige básicamente para garantizar el pleno ejercicio de los derechos individuales, sin embargo, la consecución de este fin no podría llevarse a cabo sin otro conexo, que es el de ofrecer a los ciudadanos los servicios sociales que justamente hacen reconocer aquellos derechos individuales. De esta forma, es de nuestro pensar que, si se quiere ofrecer una coherente aproximación a lo que realmente es la función pública y su concepto, debemos alcanzar dicha propuesta a través de un análisis de la estructura constitucional, de la propia normativa legal, y por supuesto, de los estudios aportados por la doctrina en la materia.

El Estado como forma perfeccionada de una sociedad, fijado en un territorio determinado y organizado jurídicamente, es creado con el fundamento de conseguir y alcanzar unos fines que están definidos en la Constitución que no son otros que la realización de un orden jurídico, social y político, justo y equitativo, que promueva el interés público en beneficio de los propios ciudadanos. El primer y primordial fin de la organización estatal es sin dudas, tener la capacidad de dar respuestas a las necesidades colectivas de la sociedad. Esta necesidad es un estado-situación que se ha presentado en todas las épocas, regímenes y realidades sociales, el cual está ligado necesariamente al instinto natural de autoconservación<sup>5</sup> de todo organismo vivo, y por lo tanto, también del Estado. Al no poder estar ajeno a esta realidad, el Estado tiene el deber de conectar mediante normas jurídicas las necesidades fácticas que se presentan en la sociedad con su fines, cuya protección tiene encomendada a las “funciones públicas” que son aquellos cometidos materiales (prestación de servicios públicos) que sirven para promover directamente el interés general mediante la satisfacción de necesidades colectivas<sup>6</sup>.

El concepto de servicio público se convierte en el centro medular para una correcta comprensión de lo que son las funciones públicas, siendo definido por BELTRÁN como aquella prestación de utilidad o provecho que pretende satisfacer necesidades de consumidores o usuarios (ciudadanos de un estado), que se pone a su disposición en un proceso de producción en el que con frecuencia participa el propio usuario<sup>7</sup>. La frase “con frecuencia participa el propio usuario” se puede entender de dos maneras. La primera, el propio usuario participa en la prestación y calidad del servicio al proporcionar criterios objetivos acerca de su satisfacción. Y la segunda, el usuario puede ser un funcionario público que en ejercicio de su cargo colabora en la creación y prestación del servicio público, y al mismo tiempo, es un ciudadano que recibe las gratificaciones de tal servicio. En una primera aproximación, podemos decir que la función pública es una parte o subsistema del Estado moderno que constituye un instrumento para la consecución de los fines estatales, los cuales son atribuidos por la ley fundamental de cada Estado soberano<sup>8</sup>. Esta función de carácter global está anclada en el principio del Estado de Derecho de acuerdo a un orden funcional atribuido a la división de los poderes que universalmente corresponde al pensamiento de MONTESQUIEU: el poder ejecutivo, el poder

---

<sup>5</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. *El concepto de necesidad en Derecho público*. Editorial Civitas. Madrid. Año 1996. pág. 33 “Desde tiempos inmemoriales, el Estado ha intentado asegurar su supervivencia a través de distintos mecanismos que, aunque de naturaleza meramente fáctica en sus orígenes, estaban plenamente justificados por aquel sacrosanto principio de la autoconservación”.

<sup>6</sup> OLÍAS DE LIMA, Blanca. *Manual de organización administrativa del Estado*. Editorial Síntesis. Año 2006. pág. 14 “Los distintos bienes y servicios que proporciona la Administración Pública son los instrumentos para alcanzar su función primordial”.

<sup>7</sup> BELTRÁN, Miguel. *El problema de la calidad en los servicios públicos*, en: Trinidad Requena, Antonio (Coordinador): *Evaluación y calidad en las organizaciones públicas*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 2000. pág. 30.

<sup>8</sup> EMBID IRUJO, Antonio. *La fidelidad de los funcionarios a la constitución*. Instituto Nacional de Administración Pública. Alcalá de Henares. Año 1987. pág. 41.



legislativo y el poder judicial<sup>9</sup>. Los poderes estatales en conjunto, dice ALESSI, tienen a su cargo la realización de los intereses del grupo social a través del necesario desarrollo del ordenamiento jurídico, en cuyo ejercicio, se presentan como objeto de un deber para las personas que están en cargadas de su actuación. Por lo tanto, poder estatal considerado como dirigido a estas finalidades de interés colectivo, y en cuanto objeto de un deber jurídico en relación con su aplicación, constituye un función estatal<sup>10</sup>.

Sin embargo, creemos sensata la opinión de que la frase “división de poderes” es erróneamente utilizado por la doctrina en base a una supuesta mala comprensión del concepto, debiendo decirse “división de funciones” del Estado. En cumplimiento de sus fines propuestos, el Estado exterioriza su voluntad mediante la realización de un conjunto de actividades que constituyen sus funciones. Es por eso que en las constituciones se observa una división de funciones de la actividad estatal en tres organismos institucionales que normalmente son conocidos como: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial. Para BIELSA la denominación de “poderes” a las funciones del Estado es incorrecta, porque el poder es el ejercicio de las atribuciones que se les otorga a cada función del Estado, las cuales se encuentran en un marco de libertad, independencia y recíproco control que la propia Constitución asegura<sup>11</sup>. En ese sentido, cuando las personas físicas cuyos cargos les permiten ejercen las prerrogativas de un organismo que representa una función estatal, se dice que están exteriorizando un poder, pero no un poder personal o arbitrario, sino un poder jurídico derivado del Derecho positivo<sup>12</sup>. Así, cuando el Presidente de la República reglamenta una ley, reorganizar las fuerzas armadas o selecciona a sus funcionarios de confianza (ministros de su gabinete), está ejerciendo las atribuciones del Poder Ejecutivo. De igual forma, el Congreso ejerce las atribuciones del Poder Legislativo cuando sanciona una ley o promueve juicio político tanto al Presidente de la República, como a los Ministros de la CSJ. Y por último, cuando la CSJ declara la inconstitucionalidad de las leyes provenientes del Congreso o de algún reglamento o sentencia que no se ajuste a derecho, está ejerciendo las atribuciones del Poder Judicial.

Estas tres entidades públicas en las que se divide funcionalmente la actividad del Estado, como también los demás organismos públicos extra-poderes o descentralizados son “funciones públicas”, siendo todos especies de un mismo género (de un todo indivisible, el Estado) pero con características y funciones propias que los hacen diferentes<sup>13</sup>. La característica principal de estas tres funciones del Estado es que en conjunto prestan servicios públicos a la ciudadanía dentro del ámbito de sus respectivas competencias. El gran administrativa JEZE mencionaba que la determinación del servicio público estaba a cargo de los “gobernantes” quienes eran los

<sup>9</sup> Para una mejor comprensión del principio de separación de poderes propuesta por este autor, Vid: el Capítulo VI del libro XI de la obra “El Espíritu de las Leyes”.

<sup>10</sup> ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho administrativo*. Tomo I. Editorial Bosch. Año 1970. pág. 6.

<sup>11</sup> BIELSA, Rafael. *La función pública*. Editorial Depalma. Buenos Aires. Año 1960. pág. 114.

<sup>12</sup> Al ser el Estado una persona jurídica que expresa una voluntad unitaria, se plantea la interrogante de cómo calificar jurídicamente la posición de las personas que individual o colegiadamente manifiestan dicha voluntad. Como respuesta ha surgido la Teoría del Órgano. Para entender esta teoría basta con observar que las distintas entidades del Estado tienen encomendadas un haz de funciones que son gestionadas por y bajo la responsabilidad de una persona física o grupo colegiado de personas que ostenta su dirección y jefatura. El punto medular de la teoría del órgano se halla en el fenómeno de la imputación, que permite que los actos realizados por los servidores de una persona pública se atribuyan a la esfera jurídica de ésta, teniendo como límite que estos actos se desarrollen en ejercicio de las funciones que corresponden al ente público y de acuerdo con las formalidades expresadas en la ley. Al respecto, ARIÑO ORTIZ afirma que la idea de imputación es la posibilidad de atribución de unos efectos jurídicos a un centro o sujeto de referencia que asume la responsabilidad, bien por una actuación propia, bien por la actuación de otro al cual está vinculado por una relación de representación, mandato o responsabilidad (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La administración institucional. Bases para su régimen jurídico*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid. Año 1972. pág. 33).

<sup>13</sup> CHASE PLATE, Luis E. *La función pública en Paraguay*, en: La profesionalización de la función pública en Iberoamérica. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 2002. pág. 176.

colegios electorales, diputados, senadores y ministros<sup>14</sup>. Puede observarse que este autor no comprende dentro de su concepto de gobernantes a los miembros del Poder Judicial ya que los mismos eran considerados como “agentes o servidores públicos”. Lo que distinguía a gobernantes y agentes era la fuerza social y política que poseían los primeros, siendo esto, el resultado de la constitución del Derecho Público francés de la época. Sin embargo, la idea de que los tres poderes prestan servicios públicos es defendida por JEZE al sostener que el fin del Estado es organizar y hacer funcionar los servicios públicos, categorizando a la justicia como una de sus formas<sup>15</sup>.

Por otra parte, una realidad objetiva importante a destacar es que la administración pública, como conjunto de órganos estatales que desarrollan la función administrativa del Estado (Poder Ejecutivo), posee una participación cuantitativa y cualitativamente diferente con relación a las otras entidades estatales. Con relación al aspecto cuantitativo, la administración pública por su estructura jurídico-política y constitucional, le corresponde proveer a la ciudadanía la mayor parte de los servicios públicos generales<sup>16</sup>. Desde el punto de vista cualitativo, la administración provee servicios públicos que en principio son otorgados y administrados por entidades públicas, admitiéndose actualmente en determinados casos la concesión de los mismos a empresas privadas mediante el procedimiento de la concesión<sup>17</sup>, siempre y cuando la razón de la delegación sea optimizar la prestación de los servicios y mejorar las condiciones de vida de los miembros de la comunidad<sup>18</sup>. La concesión de servicios públicos sólo puede darse en el ámbito de la administración pública, ya que la naturaleza de los servicios públicos que le corresponden a los demás poderes del Estado no son susceptibles de delegación a particulares.

Todo este vasto complejo organizativo que comprenden las instituciones públicas es necesario para que el Estado pueda ejercitar aquellas actividades funcionales con las cuales

<sup>14</sup> JEZE, Gastón. *Principios generales de Derecho administrativo*. Traducido por Julio San Millán Almagro. Tomo II. Editorial De Palma. Buenos Aires. Año 1949. pág. 227.

<sup>15</sup> JEZE, Gastón. *Principios generales de Derecho administrativo*. III Tomo. op. cit. pág. 3.

<sup>16</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho administrativo general*. Tomo I. Editorial Iustel. Madrid. Año 2004. pág. 24 “Es un hecho notorio la existencia, en la práctica totalidad de los Estados contemporáneos, de un conjunto de organizaciones situadas bajo la dependencia directa del Gobierno o Poder Ejecutivo, a las que se encomienda la realización de la mayor parte de las tareas estatales y a las que se conoce genéricamente con el nombre de Administración Pública”; LÓPEZ RODRÍGUEZ, Pedro; SOBRINO MARTÍNEZ, Ana. *Delitos contra la administración pública*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 2008. pág. 24 “Una parte importante de la doctrina reserva el término servicio público en sentido técnico jurídico, para referirse a las actuaciones administrativas que consisten en prestaciones asistenciales que satisfacen necesidades colectivas y cuya titularidad, generalmente, es asumida por una Administración Pública”.

-Sin perjuicio de que en cada Estado exista un número mayor o menor de funciones atribuidas a la Administración Públicas, se destacan las siguientes: 1) Funciones de Soberanía o de Poder: Instituciones políticas, defensa nacional, orden público y seguridad ciudadana, asuntos exteriores, administración financiera y tributaria, otros servicios generales. 2) Funciones económicas: Agricultura, ganadería, pesca, etc., industria, minería y energía, comercio, transportes y comunicaciones. 3) Funciones Sociales: Educación, salud, seguridad social, vivienda y desarrollo comunitario.

<sup>17</sup> La historia del servicio público ha pasado por etapas muy diferenciadas. PALOMAR OLMEDA nos dice que la evolución del servicio público rompe con el esquema del Estado gendarme, guardián del orden público, que dejaba la satisfacción de las necesidades públicas al libre juego de las fuerzas sociales. Esto hizo a que el Estado asumiera primeramente, los servicios asistenciales y sociales con el fin de asegurar la conservación de la vida, la salud y el desarrollo de la propia personalidad. Luego, en un segundo momento histórico, se produce la gestión de servicios de carácter económico, diferenciados de los anteriores por la asunción de su explotación económica. Y por último, el Estado trata de utilizar la técnica concesional como instrumento jurídico para la gestión normal de los servicios, convirtiéndose así, en una gestora directa de empresas con intereses económicos (PALOMAR OLMEDA, Alberto. *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. 7ª Edición. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2003. pág. 17).

<sup>18</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 2003. pág. 182.

pretende cumplir sus fines propuestos, es decir, dicha estructura es el presupuesto para un óptimo alcance del interés general. De este modo, puede decirse que la función pública “son las actividades desarrolladas por los órganos del Estado para el cumplimiento de sus fines específicos, que no son otros que la consecución de los intereses generales de todos los ciudadanos de un país determinado”. La aceptación o rechazo de las decisiones emanadas de la función pública dependen mucho del contenido de sus objetivos y de la percepción que ellos causan en los beneficiarios de los servicios públicos. MAYER justifica la imperatividad de las leyes positivas en la medida que estén de acuerdo con las normas culturales de cada pueblo, que cada individuo conoce y acepta. Pues bien, las normas jurídicas no tienen valor por sí mismas y, a despecho del aparato formalmente coactivo del Estado, se quedan en simple letra impresa cuando no coinciden con las necesidades sociales y de cultura, que son las únicas que el pueblo acredita dignas de admitir<sup>19</sup>. Por eso, el ciudadano no obedece a la persona del Estado por sí misma, ni tampoco por el hecho de su coacción, sino por la función que cumple como prestadora de servicios públicos<sup>20</sup> y por los objetivos concretos que es capaz de conseguir en miras a la consecución de los intereses generales.

### 3. ASPECTOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

La definición propuesta de función pública se halla sustentada por dos supuestos jurídicos que le sirven de base, de acuerdo a cómo se contempla y se regula su actividad funcional, pudiendo hablarse de una función pública en un sentido *objetivo* y en otro *subjetivo*<sup>21</sup>. CANASI nos da primeramente una idea de estos dos aspectos al distinguir los términos “función pública” de “funcionario público”. El primero constituye el órgano-institución (ministerio, cámara de senadores, juzgado penal, presidencia de la nación) que comprende el organismo público, ya que la idea de función pública se desenvuelve dentro de la teoría del Estado, y en ese sentido tiene vida permanente, que es la vida misma del Estado. El segundo se refiere al órgano-individuo o funcionario, que es la persona física que ejerce la función pública, que ostenta la investidura y que tiene vida temporaria conforme al ordenamiento jurídico constitucional y legal, y es mutable y cambiante<sup>22</sup>.

#### 3.1. Función pública objetiva.

Se habla de función pública en sentido objetivo, cuando se refiere a todos los supuestos de la realidad social que obligan al Estado a satisfacer una necesidad o utilidad pública, y que determina la instauración y reglamentación de un servicio público consistente en una prestación individual o colectiva, y toda la actividad jurídica que el régimen del servicio crea<sup>23</sup>.

Existen varias interpretaciones que la doctrina ha dado al aspecto objetivo de la función pública. La primera esta dada por los hombres de la revolución francesa quienes incondicionalmente adoptaron una posición montesquiana. Según CARNEVALE, a partir de la Constitución del 3 de septiembre de 1791, la distinción entre función legislativa, ejecutiva y jurisdiccional constituye el fundamento del Derecho público francés, y por consiguiente, de la teoría de las funciones del Estado. En este sentido, la función pública se muestra a través de tres

<sup>19</sup> MAX ERNEST MAYER citado por NIETO, Alejandro. *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 1986. pág. 253.

<sup>20</sup> FORTES ENGEL, José María. *La información pública en el Derecho administrativo*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid. Año 1977. págs. 32 y 33.

<sup>21</sup> ALESSI comparte esta doble dimensión de la actividad de los órganos del Estado (ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho administrativo*. op. cit. pág. 81). Así también, PALOMAR OLMEDA, Alberto. *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. op. cit. pág. 18.

<sup>22</sup> CANASI, José. *Derecho administrativo*. Parte general. Volumen I. Editorial Depalma. Buenos Aires Año 1972. pág. 533.

<sup>23</sup> BIELSA, Rafael. *La función pública*. op. cit. pág. 128.

distintos tipos de actividad cuya naturaleza procede de la disociación de los elementos de la soberanía<sup>24</sup>.

Una segunda corriente doctrinal propuesta por DUGUIT, define el concepto de función pública a través de su contenido objetivo (*function-objet*). Para éste autor la noción de función del Estado ha tenido un amplio margen, ya que con dicho término se suele designar toda intervención del Estado en el ámbito de la vida social, económica e intelectual de la nación. Por ello, el concepto debe ser limitado al examen de las funciones jurídicas del Estado, es decir, a las funciones que se manifiestan en el campo del derecho, que no son otras que las derivadas de la expresa voluntad del Estado. Para DUGUIT, estudiar las funciones jurídicas del Estado no es, en manera alguna, estudiar el resultado de lo perseguido por los gobernantes desde un punto de vista social, intelectual, moral o económico, sino los efectos que produce sobre los individuos una manifestación de voluntad por la que los gobernantes persiguen un fin cualquiera<sup>25</sup>.

EISENMANN presenta una tercera postura manteniendo el criterio de que la palabra “función” designa una actividad –rendimiento o, en general, la manifestación de una actividad–, que no sólo demuestra el objeto de la actividad del órgano, sino también la finalidad que el órgano persigue, es decir, la finalidad que es el fundamento de su acción (*function-fin*). Como puede observarse, la noción finalista de la actividad del Estado propuesta por EISENMANN tiene un valor metajurídico. El fin de la actividad estatal se sitúa en un plano psicológico que corresponde a la intención que fundamenta el objeto de la función. Si bien es cierto, la intención o el fin de la función es transferido al plano positivo posteriormente a la realización del acto, el mismo es lógicamente anterior acto, pero el observador externo recién es conciente de la magnitud y alcance del fin cuando se proyecta en la realidad social<sup>26</sup>.

Este último criterio nos ayuda a entender que toda actividad estatal siempre tiene una finalidad o un propósito anterior, el cual está relacionado con la satisfacción de una necesidad pública. Esta responsabilidad constituye sin dudas la más importante tarea encomendada a la organización estatal en un Estado Social y Democrático de Derecho, puesto que estas actividades son los instrumentos con los cuales se les otorga a los ciudadanos la plenitud de sus derechos individuales. Lo cierto es que la declaración expresa y normativa de una situación de necesidad pública a ser satisfecha por un órgano que ejerce funciones públicas, debe ser justificada por razones de interés público y su apreciación sólo puede estar condicionada a las circunstancias imperantes en un periodo histórico determinado. Por lo tanto, el Estado es el único ente jurídicamente legitimado para acreditar un estado de necesidad pública<sup>27</sup>. Una vez reconocido y determinado el estado de necesidad pública, el Estado determina cual de sus funciones es el más idóneo para satisfacer dicha necesidad, creando a la par, un conjunto de estructuras que compondrán “una institución”, que en palabras de ROMANO constituye un ordenamiento jurídico, una unidad independiente de derecho objetivo más o menos completa,

<sup>24</sup> CARNEVALE VENCHI, María Adelaide. *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*. Pádova. Año 1969. pág. 94; DUGUIT, León. *Manual de Derecho constitucional. Teoría general del Estado. El Derecho y el Estado. Las libertades públicas. Organización política*. Traducido por José G. Acuña. 2ª Edición. Editor Francisco Beltrán. Madrid. Año 1926. pág. 115 “En el pensamiento de los redactores de la Constitución de 1791, los poderes no eran ni las funciones ni los órganos del Estado, sino los diversos elementos constitutivos de la soberanía, y, especialmente, el poder ejecutivo venía a ser la soberanía misma, en tanto que se manifestaba en el orden ejecutivo, no siendo las funciones otra cosa que las manifestaciones de la voluntad del Estado, en tanto que producían cierto efecto en el campo del Derecho”.

<sup>25</sup> DUGUIT, León. *Manual de Derecho constitucional*. op. cit. pág. 85.

<sup>26</sup> CARNEVALE VENCHI, María Adelaide. *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*. op. cit. pág. 112.

<sup>27</sup> PALOMAR OLMEDA, Alberto. *Derecho de la función pública. Régimen Jurídico de los funcionarios públicos*. op. cit. pág. 20 “La creación o establecimiento de un servicio público es una decisión que corresponde con el contenido típico de una facultad discrecional de la Administración”. En ese sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho administrativo*. Tomo II. op. cit. pág. 72.

que en fin regulará los medios materiales y personales del futuro servicio público<sup>28</sup>. El mencionado procedimiento<sup>29</sup> evidencia la inexistencia de un derecho subjetivo del ciudadano de solicitar al ente estatal la instauración de un servicio, por lo que todo lo relacionado al reconocimiento de una necesidad pública, la instauración de un servicio público y el órgano que ejercerá dicha función, son materias de exclusiva reserva de ley, prerrogativa que normalmente cuenta con respaldo constitucional<sup>30</sup>. Sin embargo, señala GARCÍA DE ENTERRÍA que una vez implementados los servicios por el Estado, la situación del ciudadano-usuario cambia porque siempre van unidos a un reglamento jurídico que regula los derechos y obligaciones de las partes (ciudadano-Estado) en cuanto al desarrollo del servicio, por lo que desde su instauración, los titulares se hacen acreedores de derechos subjetivos que la propia reglamentación les reconoce<sup>31</sup>.

### **3.1.2. Elementos.**

#### **3.1.2.1. Interés Público.**

El Estado es un ente tan importante para el entramado social porque constituye e impone un mundo simbólico en gran medida responsable de la configuración del orden social y, por lo tanto, de la determinación de las relaciones sociales. MERTON señala que toda estructura social formal que esté racionalmente organizada, implica la adopción de normas de actividad definidas con claridad en las que, idealmente, cada serie de acciones está funcionalmente relacionada con los fines de la organización<sup>32</sup>. Por ello, la sociedad asigna al Estado una dinámica propia, normas y objetivos legalmente reconocidos que tienen como fin primordial el aseguramiento de la existencia de la comunidad político social a través de la búsqueda del bienestar general o interés público y la conservación de su propio sistema<sup>33</sup>. De esta forma, el concepto de interés público o general cumple una función justificadora de toda decisión o acción pública, siendo su principal fuente de legitimación.

HAURIOU en su definición sociológica del Estado considera al bienestar general como punto central de la actividad estatal diciendo: “un estado es una agrupación humana, fijada en un territorio determinado y en la que existe un orden social, político y jurídico orientado hacia el

<sup>28</sup> ROMANO, Santi. *El ordenamiento jurídico*. Traducido por Sebastian Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. Año 1963. pág. 130.

<sup>29</sup> El procedimiento de identificación de necesidades de interés general al que estamos haciendo referencia es compartido por JEZE, quien sostiene que la satisfacción de las mismas debe hacerse mediante los procedimientos de Derecho público que constan de dos etapas diferentes: la creación y la organización de los servicios públicos. La creación de un servicio público consiste en la aplicación de las teorías especiales de Derecho público para la satisfacción de determinado interés general, correspondiendo dicha tarea por su importancia, a las competencias del parlamento. Por otra parte, la organización de un servicio público consiste en la ordenación personal y material que supone el empleo del procedimiento del servicio público. Aquí ya no rige el principio general que atribuye al parlamento como única autoridad competente para formular reglas generales relativas a esta ordenación, pudiendo tener competencias en esta materia otras autoridades administrativas (JEZE, Gastón. *Principios generales de Derecho administrativo*. II Tomo. op. cit. págs. 105 y sigtes).

<sup>30</sup> Por ejemplo, la CNP en su Art. 158 expresa que la creación y el funcionamiento de servicios de carácter nacional en la jurisdicción de los departamentos y de los municipios deberá ser autorizados exclusivamente por ley. En igual sentido, el Art. 149. 1º. 18. y 24 de la CE otorga competencia exclusiva al Estado en cuanto a las materias relativas a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (como también al régimen estatuario de los funcionarios) y sobre las obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una comunidad autónoma, respectivamente. Estas prerrogativas han sido reconocidas en la STC de fecha 5 de agosto de 1983.

<sup>31</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho administrativo*. Tomo II. op. cit. pág. 73.

<sup>32</sup> MERTON, Robert K. *Teoría y estructura sociales*. op. cit. pág. 275.

<sup>33</sup> MAYNTZ, Renate. *Sociología de la administración pública*. Versión española de José Almaraz. Editorial Alianza. Madrid. Año 1985. pág. 46.

bien común, establecido y mantenido por una autoridad dotada de poderes de coerción”<sup>34</sup>. De modo general, el termino interés general se considera una aglomeración de muchos intereses tanto privados como públicos, pero en ultimas, su contenido depende de lo que el Derecho positivo de un sistema social determinado diga al respecto. En un segundo plano argumentativo, SCHMIDT-ASSMANN dice que el bien común mantiene el sentido de una idea regulativa ya que siempre que se ejerza un poder público se ha de actuar a favor de la comunidad, del conjunto de los ciudadanos, considerado no como una suma de individuos, sino como una universalidad. SÁNCHEZ MORÓN dice que el interés general debe adoptar un concepto flexible en cuanto a su contenido, pero ontológicamente único y diferenciado, que sea capaz para conciliar las exigencias reales de todos los grupos sociales (intereses estatales e intereses de clases y grupos sociales) que se imponen en un periodo histórico<sup>35</sup>. El concepto de interés público rechaza la idea de que el ejercicio del poder público posee un fin en sí mismo, por lo tanto, requiere de una justificación que se encuentra fuera de sí mismo, siendo ésta el “bien del pueblo”<sup>36</sup>.

El interés público puede ser enfocado desde dos perspectivas: a) como autorización legal para imponer restricciones a las actividades de los particulares, y b) como elemento de orientación de la actividad del Estado<sup>37</sup>. La segunda acepción es la que se ajusta al interés público como principio que debe regir la actuación de la función pública, y la misma hace referencia al conjunto de necesidades que es víctima el hombre (entendiéndose como conglomerado de individuos humanos y no solamente a uno), surgidas de sus propios requerimientos de supervivencia y de su interacción social, de los cuales surge un interés de que sean satisfechas. De ahí que ALESSI considere al “interés” como aquella posición subjetiva del hombre frente a la utilidad ofrecida por determinados bienes o servicios que son capaces de satisfacer sus necesidades<sup>38</sup>, por lo que al agregarse el término “público” se refiere a que el Estado tiene la obligación de tutelar los interés de toda la colectividad humana que habita en su territorio. La satisfacción de las situaciones fácticas de necesidad del ser humano es la verdadera finalidad y justificación de la actividad del Estado, que se consigue mediante la prestación de bienes y servicios<sup>39</sup>.

En otro orden de ideas, no debe olvidarse que el interés público posee otra importante función en un Estado Social y Democrático de Derecho, que es la de constituir un límite al poder político. Hemos afirmado anteriormente que el Estado se fija unos fines y objetivos que no son otros que las demandas y expectativas de la sociedad, pero ¿quién o quienes realmente fijan esos fines y objetivos? Indudablemente el poder político. Aquí se notan las intrínsecas relaciones entre política y función pública, pues si nos enfocamos desde un punto de vista puro de teoría constitucional se concluye que la función pública es un instrumento que utiliza la organización estatal para desarrollar y lograr sus objetivos fijados. Por ejemplo, los ciudadanos a través del sufragio eligen al Presidente de República como titular del Poder Ejecutivo y a los representantes de Poder Legislativo, quienes antes de asumir dichos cargos ofrecen a la ciudadanía proyectos políticos en los que fijan los objetivos estatales como forma futura de satisfacción y consecución de los interés colectivos, los cuales pueden ir cambiando de contenido de acuerdo a las complejidad de las necesidades. Entonces, la atribución

<sup>34</sup> HAURIUO, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. op. cit. pág. 114.

<sup>35</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *La participación del ciudadano en la administración pública*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. Año 1980. pág. 22.

<sup>36</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*. op. cit. pág. 167.

<sup>37</sup> RAMÍREZ CANDIA, Manuel de Jesús. *Derecho administrativo*. Asunción. Año 2004. pág. 42.

<sup>38</sup> ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho administrativo*. Tomo II. op. cit. pág. 447.

<sup>39</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho administrativo*. 9ª Edición. Tomo II. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1989. pág. 302 “El interés público no sólo justifica la actuación administrativa por vía de coacción o de fomento, sino que puede exigir que la Administración aparezca como titular de una actividad fundamental consistente en proporcionar bienes y servicios a los administrados”.

constitucional del gobierno para establecer sus objetivos y fines sociales estaría compuesta de normas discrecionales que son completadas por el contenido de los proyectos políticos, entendiéndose por “discrecionalidad” la facultad concedida a la administración por las normas para determinar de forma relativamente libre su propio comportamiento, adecuándolo a las exigencias del interés público<sup>40</sup>.

Las tensiones entre función pública y poder político surgen a raíz del carácter instrumental que tiene la primera, en el sentido de que la idea funcional del servidor público radica en su exclusiva dedicación a la consecución de los intereses y fines públicos, y como es el poder político quien los fija, es justo reconocer que los funcionarios deben seguir las directrices y políticas del gobierno como condición necesaria para el buen éxito de la gestión administrativa estatal, inclusive cuando estuviese en el gobierno un adversario político<sup>41</sup>. El problema surge cuando los gobernantes al aplicar las políticas públicas, simulan un contenido que a los ojos del ciudadano ayuda a satisfacer los intereses generales, escondiendo en realidad políticas que se sustenta en verdaderos intereses particulares o de la clase política a la que representan, que en definitiva deben ser acatadas por los servidores movidos por el deber de lealtad o también por el miedo a ser cesados en sus funciones<sup>42</sup>. Además, las constituciones normalmente no contemplan una regla general que reconozca implícitamente a los servidores un derecho de objeción ante cualquier clase de órdenes antiéticas e ilegales, omisión que permite la proliferación de estas situaciones injustas.

En cuanto a lo expuesto se deben realizar ciertas precisiones. En primer lugar, el vínculo que une a los funcionarios con el ente estatal es siempre de carácter jurídico y no basado en la discrecionalidad de los gobernantes. En segundo lugar, si bien se aprecia una falta de regulación constitucional que prevean estas situaciones, no se puede afirmar la existencia de un vacío absoluto, en razón a que la función pública se halla regulada por unos principios generales que actualmente son reconocidos en las mismas constituciones, como también en instrumentos internacionales, entre los cuales se encuentra el interés general. Por ejemplo, a nivel internacional se destaca la DUDH que en su art. 29.2. dice: “en el ejercicio de los derechos y en el disfrute de las libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y del bienestar general en un sociedad democrática”. En la CNP el interés general se encuentra reconocido en el art. 128 que expresa que en ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general<sup>43</sup>, constituyendo dicho principio una garantía enfocada tanto para particulares como para los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Además, en el Derecho positivo paraguayo la LFPP expresa que es una obligación del funcionario el acatamiento de las

<sup>40</sup> ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho administrativo*. Tomo II. op. cit. pág. 458.

<sup>41</sup> BIELSA, Rafael. *La función pública*. op. cit. pág. 11; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la función pública*. op. cit. pág. 59. En ese aspecto, el Art. 7, inc. e) de la CIFP establece que uno de los principios orientadores que debe regir en la función pública es la responsabilidad de los empleados públicos por el trabajo desarrollado y los resultados del mismo, así como su respeto e implicación en el desarrollo de las políticas definidas por los gobiernos.

<sup>42</sup> BUXADÉ VILLALBA, Jorge. *La objeción de conciencia en la función pública*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. Año 2006. pág. 169 “En una primera etapa del constitucionalismo europeo, simultánea a la construcción de un modelo de burocracia creciente, pero no debidamente racionalizada, solía exigirse a los funcionarios públicos una fidelidad silente y acrítica respecto a instancias políticas superiores y, por consiguiente, una renuncia al uso de determinadas libertades y derechos, todo lo cual había de admitirse si no quería el funcionario caer en la temida situación del cesante”.

<sup>43</sup> Art. 128 de la CNP: “En ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general”. Según nuestro parecer, el principio del interés general que rige la función pública se encuentra más explícito en la CE de 1978 cuyo Art. 103.1 expresa que la administración pública sirve con objetividad a los intereses generales.

instrucciones de sus superiores jerárquicos relativas al trabajo que realiza cuando ellas no sean manifiestamente contrarias a las leyes y reglamentos<sup>44</sup>.

Por lo tanto, los funcionarios públicos tienen el deber de cumplir fielmente el correcto desempeño de sus funciones con respeto y obediencia hacia sus superiores jerárquicos, acatando las directrices de la política pública nacional, siempre y cuando éstas se encuentren adecuadas al interés público. El funcionario no debe lealtad a los gobernantes de turno, sino a su organización, la cual está enmarcada en principios superiores como a la ley y el interés público. Sobre ello manifiesta BIELSA: “la lealtad la debe el funcionario a la ley, al interés público, y si éste lo defiende un partido o un gobernante, enhorabuena esa lealtad para con él; porque entonces ella no existe en consideración al que manda o al partido, sino a las directivas del gobernante coincidentes con la constitución o con las leyes”<sup>45</sup>.

### 3.1.2.2. El servicio público.

El servicio público como parte del Derecho público, es una de las instituciones más polémicas y debatidas en el ámbito de la ciencia del Estado, y su importancia radica en las estrechas relaciones que mantiene con la función pública y el Estado. En relación a la función pública, BIELSA ha llegado a decir que el servicio público depende casi enteramente de la organización funcional, siendo su presupuesto necesario<sup>46</sup>. Esto es así, porque la función pública está constituida por un conjunto de personas que sirven al Estado cumpliendo las tareas técnicas de ejecución de los servicios públicos, por lo que esta institución encuentra condicionada su actuar eficaz de prestación de actividades y bienes a los ciudadanos, a una correcta selección, instrucción y proporción de personas calificadas profesionalmente para la eficiente realización de sus actividades materiales. En cuanto a su relación con el Estado, los servicios públicos constituyen las actividades que justifican la existencia del ente estatal, ya que por medio de sus prestaciones satisface los intereses generales, siendo esta su finalidad esencial<sup>47</sup>. En otras palabras, la causa de todo servicio es el interés público, y por ende, la actuación misma del Estado.

Para VEDEL, el servicio público puede ser definido de dos maneras: de una manera orgánica o formal, o de una manera material. En su sentido orgánico o formal, el servicio público se caracteriza por ser una cierta organización, es decir, por una empresa regida por la administración. La definición material se refiere a la naturaleza de la actividad, considerada independientemente de la organización que la ejerce. Desde esta perspectiva, el servicio público es la actividad que tiende a satisfacer una necesidad de interés público<sup>48</sup>.

La evolución de la idea del servicio público fue expuesta desde la ilustración por filósofos como ROUSSEAU para oponer el concepto de interés colectivo del Estado al del servicio del rey, y se materializó durante la revolución francesa en la necesidad de satisfacer demandas específicas como la instrucción pública. Pero a partir del siglo XIX el concepto clásico de servicio público adquirió un gran avance doctrinal gracias a las teorías expuestas por los expositores de la Escuela de Burdeos DUGUIT y JEZE. El primero decía para fundamentar su teoría que los gobernantes son individuos como otros sometidos al Derecho objetivo, pero que al monopolizar la fuerza, estaban obligados a ejercerla en un cierto sentido, debiéndose

<sup>44</sup> Art. 57. inc. d) de la LFPP. También con idéntico sentido el Art. 53.2. del EBEP.

<sup>45</sup> BIELSA, Rafael. *La función pública*. op. cit. pág. 11.

<sup>46</sup> BIELSA, Rafael. *La función pública*. op. cit. pág. 72.

<sup>47</sup> RAMÍREZ CANDIA, Manuel de Jesús. *Derecho administrativo*. op. cit. pág. 305.

<sup>48</sup> VEDEL, Georges. *Derecho administrativo*. Traducido por Juan Ricon Jurado. Editorial Aguilar. Madrid. Año 1980. pág. 688. La caracterización del servicio público desde los dos puntos de vista que hace VEDEL es un punto de apoyo que refuerza la opinión de que función pública y servicio público son dos instituciones distintas pero de significativa interrelación.



emplearla para organizar y controlar el funcionamiento de los servicios públicos. El Estado ya no era un poder absoluto, sino apenas un conjunto de servicios públicos<sup>49</sup>. Define el servicio público como toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social, de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino con la intervención de las fuerzas gobernantes<sup>50</sup>. Esta teoría se destaca por calificar a los servicios públicos como límites de la intervención del Estado, ya que se crean exclusivamente para los fines que debe cumplir<sup>51</sup>.

Por su parte JEZE también adopta una teoría amplia diciendo que en todos los países civilizados la administración pública tiene por misión satisfacer las necesidades de interés, y para ello posee al servicio público, el cual se halla íntimamente vinculado con el procedimiento de Derecho público. Este autor manifiesta: “decir que en determinadas hipótesis, existe servicio público, equivale a afirmar que los agente públicos, para dar satisfacción regular y continua a ciertas categorías de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del Derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico”. Define al servicio público como el procedimiento jurídico tendiente a satisfacer las necesidades generales tales como las que experimenta una determinada población, en un país y época determinados, dejando la determinación de éstos a los gobernantes<sup>52</sup>.

Las posturas de estos dos autores recibieron duras críticas en razón a que utilizaban un concepto tan amplio de servicio público que básicamente se correspondía con el mismo Derecho administrativo, pues consideraban servicio público cualquier actividad administrativa realizada por el Estado. A consecuencia de ello, la teoría clásica fue perdiendo de a poco su importancia a medida que nuevos conceptos iban creando situaciones que no se podían encuadrar en dicha teoría. Esto supuso la primera crisis del concepto de servicio público<sup>53</sup>.

En cambio, HAURIUO se decantó por un concepto restringido e introduce un elemento fundamental que incrementará la evolución doctrinal del servicio público: “la organización pública”. Define al servicio público como un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública<sup>54</sup>. El aspecto orgánico que presenta el ente que tiene a su cargo la provisión del servicio público es el rasgo característico de la teoría propuesta por este autor.

Hasta la primera guerra mundial no era difícil precisar las características de los servicios públicos que se encontraban administrados por organismos del Estado en forma de monopolio. Sin embargo, factores determinantes que se produjeron en todo el mundo, como la crisis del 29 del siglo pasado y las dos guerras mundiales, hicieron que el Estado asuma múltiples y diversificadas funciones de intervención en la vida económica y social de los ciudadanos. Posteriormente, ese fenómeno expansionista de la actividad estatal trajo consigo un efecto

<sup>49</sup> PATIÑO RUIZ, Humberto. *La administración pública y el sistema de servicio civil*. Universidad Pontificia Javeriana. Bogotá. Año 1960. pág.19.

<sup>50</sup> PEÑA VILLAMIL, Manuel. *Derecho administrativo*. Tomo III. Asunción. Año 1997. pág. 57.

<sup>51</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*. Tomo I. Editorial Thompson-Civitas. Madrid. Año 2004. pág. 982.

<sup>52</sup> JEZE, Gastón. *Principios Generales de Derecho Administrativo*. II Tomo. op. cit. pág. 227.

<sup>53</sup> PATIÑO RUIZ, Humberto. *La administración pública y el sistema de servicio civil*. op. cit. idem pág. “Partiendo de la ecuación de la teoría clásica, servicio público igual Derecho público, se fue tropezando día a día con situaciones en que no obstante que el servicio revestía la característica esencial de satisfacer necesidades colectivas mediante adecuadas regulaciones estatales, la competencia en materia de derecho escapaba al Derecho público para regirse por normas de derecho común”.

<sup>54</sup> PEÑA VILLAMIL, Manuel. *Derecho administrativo*. Tomo III. op. cit. pág. 59.

transcendente, la utilización por parte de la administración, cada vez en mayor medida, de procedimientos y técnicas del Derecho privado debido a que sus finalidades económicas, de abastecimiento y asistenciales, resultaban a esas alturas inviables e irrealizables, tanto orgánica como institucionalmente. En consecuencia, el Estado deja de organizar y prestar directamente los servicios públicos e implementa un nuevo sistema que transfiere ciertas funciones prestacionales a personas de derecho privado por medio del procedimiento de concesión<sup>55</sup>. Esta circunstancia constituye la segunda crisis del concepto del servicio público.

El sistema de concesiones se refiere más al orden jurídico de la prestación de servicios públicos, que al hecho mismo de prestarlos, porque consiste esencialmente en una delegación del poder jurídico del Estado para la prestación de un servicio, a una persona o entidad privada<sup>56</sup>. En ese sentido, VEDEL define a la concesión como un procedimiento mediante el cual una persona pública, llamada autoridad otorgante, confía a una persona física o moral, llamada concesionario, la misión de gestionar un servicio público a cambio de una remuneración que consiste, en la mayoría de los casos, en las tarifas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio<sup>57</sup>. Todo esto ha dado lugar a que actualmente exista una teoría llamada “funcional” que concibe a los servicios sólo como una actividad que tiene por objeto la satisfacción de los intereses públicos, ya que el gestor podría ser cualquier persona pública o privada. Por último, como ya se señalado anteriormente, sólo se podrían dar en concesión aquellos servicios públicos que pertenecen a la función administrativa derivada del Poder Ejecutivo, en razón a que la naturaleza de los servicios que son prestados por los demás poderes públicos hace que no sean susceptibles de delegación a particulares (funciones legislativas y judiciales).

De todas las teorías que hemos citado sobre el servicio público podemos concluir que todo servicio público ajustado a un Estado Social y Democrático de Derecho, constituye una actividad de prestación regulada por el Derecho público que tiende a satisfacer las necesidades públicas que surgen en la colectividad humana de un país determinado y en un momento histórico dado. Esta actividad debe ser siempre de titularidad pública, sin perjuicio que la entidad estatal facultada a prestar el servicio lo conceda a una persona privada por razones que beneficien al Estado mismo o a los propios ciudadanos. En el caso de que así fuese, VEDEL sostiene que el Estado tiene un derecho de supervisión sobre las modalidades de cumplimiento de esa prestación de interés general. Por lo que la tarea del Estado no sólo debe limitarse a permitir, estimular o ayudar, sino que se reserva el derecho de controlar la manera en la que se cumple el servicio<sup>58</sup>.

### 3.2. Función Pública subjetiva.

Resulta lógico que el Estado y sus instituciones públicas, como entes ideales, no puedan existir sino a través de una serie de personas que trasmitan la voluntad estatal y ejerzan prestaciones de actividad personal para cumplir con sus fines propuestos<sup>59</sup>. A este grupo de personas que cumplen una función, trabajando o prestando servicios dentro de las instituciones

<sup>55</sup> Una de las posibles razones de esta delegación de funciones estaría en que el Estado se dio cuenta que en el ámbito privado existían un amplio conjunto de organizaciones y empresas que, aunque se hallaban constituidas por particulares y servían intereses de igual naturaleza, podían desempeñar funciones característicamente administrativas, ostentando potestades y privilegios que el mismo ente estatal podría transferir y controlar.

<sup>56</sup> PATIÑO RUIZ, Humberto. *La administración pública y el sistema de servicio civil*. op. cit. pág. 28.

<sup>57</sup> VEDEL, Georges. *Derecho administrativo*. op. cit. pág. 708.

<sup>58</sup> VEDEL, Georges. *Derecho administrativo*. op. cit. pág. 689.

<sup>59</sup> ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho administrativo*. op. cit. pág. 73; PATIÑO RUIZ, Humberto. *La administración pública y el sistema de servicio civil*. op. cit. pág. 34; LALINDE ABADÍA, Jesús. *Los medios personales de gestión del poder público en la historia española*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid. Año 1970. pág. 9.

públicas, constituye la función pública en sentido subjetivo. Es tan importante este colectivo para el correcto desenvolvimiento de la vida social y pública que su justificación tiene una interrelación muy profunda con el mismo fundamento del Estado, lo que ha llevado a STERN a decir que el carácter del Estado será determinado decisivamente por el funcionario que sirve al Estado<sup>60</sup>. La función pública subjetiva no puede ser considerada una institución rígida, ya que es sometida a constantes cambios producidos por el grado de evolución que experimentan las relaciones internacionales y sus organismos, lo que ha ocasionado efectos sobre la terminología legal del funcionario público de cada país, siendo numerosas las personas físicas y jurídicas que ejercitan una actividad que desborda las fronteras estatales, llegando a admitirse en la actualidad la existencia de una función pública internacional<sup>61</sup>.

Autores como ALESSI<sup>62</sup>, SÁNCHEZ MORÓN<sup>63</sup>, PALOMAR OLMEDA<sup>64</sup>, CASTILLO BLANCO<sup>65</sup>, PEÑA VILLAMIL<sup>66</sup> y BAENA DE ALCÁZAR<sup>67</sup> se han mostrado preferentes por este aspecto subjetivo para definir a la función pública. Este criterio es también adoptado desde un punto de vista institucional en instrumentos internacionales como la CIFP que en su art. 2 describe a la función pública “como un conjunto de reglas institucionales mediante las que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran éste, en una realidad nacional determinada”. De esta forma, se evidencia que el aspecto objetivo es excluido en la mayoría de las obras jurídicas como elemento caracterizador de la noción de función pública. El colectivo de personas que ejercen funciones públicas y son el medio de transporte de la voluntad de los órganos del Estado recibe en un sentido global el nombre de funcionarios públicos, empleados públicos o burocracia. Decimos en un sentido global ya que si bien es cierto, todas las personas que prestan servicios al Estado lo hacen en ejercicio de su profesión u oficio, no todas tienen un mismo vínculo jurídico con el ente estatal, diferenciándose las personas que ingresan a la función pública mediante los mecanismos de acceso público, es decir, los nombrados por autoridad competente, con una remuneración presupuestaria pública y sujetos a un estatuto legal, de aquellos que sólo tienen una vinculación con la función pública a través de un contrato de trabajo laboral o de prestación de servicios del ámbito civil. Lo coincidente de estos sujetos es que su actividad profesional se encuentra en la misma dirección con los fines del Estado. Esto significa que la voluntad del funcionario está subsumida o anexionada en la voluntad del Estado, no pudiendo expresar ni interpretar otra voluntad que no sea la estatal<sup>68</sup>.

El funcionario público asume una posición de garante al ser el encargado de gestionar y ejecutar las actividades por las que se desenvuelven los servicios públicos, y se constituye en pieza imprescindible en la conservación, continuación y mantenimiento de los mismos. Dentro de la función pública puede verificarse diferentes grados de responsabilidad, que van desde el agente público que es un mero ejecutor de las decisiones internas de una entidad pública, hasta el que se encuentra investido de autoridad para tomar decisiones en representación del órgano y tiene a su disposición recursos patrimoniales públicos. Para alcanzar el interés general, es importante que el funcionario ajuste su actuar en la misma dirección de la voluntad estatal y utilice adecuadamente los medios que se ponen a su disposición, y para ello, el Estado decide cómo deben funcionar los servicios públicos y sus respectivas modalidades (función pública

<sup>60</sup> EMBID IRUJO, Antonio. *La fidelidad de los funcionarios a la constitución*. op. cit. pág. 26.

<sup>61</sup> PLANTEY, Alain. *Derecho y práctica de la función pública internacional y europea*. Colección Estudios Administrativos. Año 1982. pág. 21.

<sup>62</sup> ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho administrativo*. op. cit. pág. 86.

<sup>63</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la función pública*. op. cit. pág. 22.

<sup>64</sup> PALOMAR OLMEDA, Alberto. *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. op. cit. pág. 36.

<sup>65</sup> CASTILLO BLANCO, Federico. *Lecciones de función pública*. Editorial CEMCI. Granada. Año 2002. pág. 117.

<sup>66</sup> PEÑA VILLAMIL, Manuel. *Derecho administrativo*. Tomo III. op. cit. pág. 393.

<sup>67</sup> BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. *Curso de ciencia de la administración*. Tomo I. 3ª Edición. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1985. pág. 432.

<sup>68</sup> BIELSA, Rafael. *La función pública*. op. cit. pág. 128.

objetiva), y asimismo, establece un régimen jurídico, normalmente denominado “código o estatuto del funcionario público”, que fija los derechos, deberes, prohibiciones y responsabilidades con el fin de regular la conducta del funcionario en el ejercicio de sus funciones.

El vínculo creado entre el funcionario y el Estado fue cambiando de naturaleza jurídica a través del tiempo y actualmente es objeto de arduo debate en la doctrina. PALOMAR OJEDA menciona que existen tres regímenes jurídicos posibles: a) el régimen de requisa, b) el régimen de contrato de locación de servicios y c) régimen estatuario o legal y reglamentario de la función pública<sup>69</sup>. El régimen de requisa se caracteriza por establecer una relación jurídica de prestación forzosa entre el Estado y el funcionario público, negándose a éste último un valor consensual libre a su vinculación con la función pública. En la actualidad el régimen de requisa tiene ciertas características y similitudes con la institución de la carga pública. JEZE señala que la prestación exigida del individuo requisado se halla bien determinada, pues queda colocado por la fuerza mediante la manifestación unilateral de voluntad de un agente público, en una situación jurídica individual<sup>70</sup>. Obviamente, este régimen fue objeto de duras críticas por su carácter fragmentario y forzoso, siendo un sistema absolutamente deficiente para asegurar la continuidad y satisfacción de los servicios públicos. Además, resulta inviable en la mayoría de los países que asumen un Estado Social y Democrático de Derecho, pues es impensable establecer una función pública sobre la base de un reclutamiento forzoso y obligatorio.

El segundo régimen de tipo contractual de servicios privados corresponde según PEÑA VILLAMIL, a una época en que el Derecho administrativo estaba fuertemente influenciado por las corrientes o instituciones del Derecho privado. El vínculo creado entre el Estado y el funcionario es de naturaleza civil y considerado un mandato o una locación de servicios<sup>71</sup>. La característica más importante de este régimen es que las partes (Estado y funcionario) podían negociar recíprocamente las condiciones del servicio, convirtiéndose dicho pacto en ley para los sujetos de acuerdo al conocido principio del Derecho civil de los contratos, no siendo lícita la modificación unilateral de tales condiciones. Sostiene JEZE que con una relación jurídica de esta naturaleza bien podría funcionar un servicio público, sin embargo, el procedimiento de locación de servicios carece de la flexibilidad que requiere toda organización estatal para adaptarse fácilmente a las situaciones cambiantes de necesidad que pueden sucederse en la sociedad<sup>72</sup>.

Por último, cabe señalar al régimen estatuario o legal y reglamentario de la función pública. Los problemas que tenía en la práctica el régimen contractual hicieron que el Estado considere que ante los constantes cambios sociales y sus necesidades, el mejor régimen para regular a la función pública estaría en una relación jurídica unilateral y genérica de aplicación para todos los individuos que se encuentren en la misma situación, contemplada en un instrumento jurídico llamado estatuto, código o ley de la función pública. La esencia de este régimen se basa en que no son necesarias dos voluntades para que sea válida la relación de servicios entre el Estado y el funcionario, ya que el primero establece las condiciones generales, mientras que el funcionario aporta su voluntad como condición de eficacia y no como condición

<sup>69</sup> PALOMAR OLMEDA, Alberto. *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. op. cit. pág. 37. Sobre las distintas teorías que justifican la relación que une al funcionario con el Estado, Vid: BARRACHINA, Juan E. *La función pública. Su ordenamiento jurídico*. op. cit. pág. 256; ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho administrativo*. 12ª Edición. Tomo II. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1998. pág. 275.

<sup>70</sup> JEZE, Gastón. *Principios generales de Derecho administrativo*. op. cit. pág. 251.

<sup>71</sup> PEÑA VILLAMIL, Manuel. *Derecho administrativo*. op. cit. pág. 259.

<sup>72</sup> JEZE, Gastón. *Principios generales de Derecho administrativo*. op. cit. pág. 237.

de perfección de la relación jurídica<sup>73</sup>. La relación que emana de este régimen puede encuadrarse dentro de un contrato sinalagmático imperfecto o un contrato de adhesión, puesto que desde el momento que el funcionario otorga su voluntad para ejercer un cargo público está aceptando automáticamente las condiciones que la ley y los reglamentos imponen de antemano sobre su función. Este sistema tiene la particularidad de que el funcionario debe soportar cualquier modificación unilateral de las condiciones del servicio por parte del Estado, pudiendo exigirse al colectivo funcionarial una prestación cuantitativamente mayor (por ejemplo, más horas de trabajo), siempre y cuando dicha decisión se justifique por motivos de razonabilidad y de necesidad estatal.

Este último régimen es el utilizado en la mayoría de los países occidentales que adoptan un Estado Social y Democrático de Derecho, y si éste modelo de Estado tiene como fin principal el interés general, es necesario que asegure un mínimo de derechos y beneficios a los funcionarios para el correcto desenvolvimiento de la función pública. Toda ley de función pública, a parte de contener aspectos sobre la regulación de los deberes y prohibiciones de los funcionarios en su actuar funcional, debe contemplar asimismo instituciones que satisfagan las necesidades y expectativas personales de este colectivo, que como personas humanas poseen al igual que el resto de los demás ciudadanos<sup>74</sup>. En relación a estas expectativas BIELSA refiere la existencia de un orden de “motivos-presupuestos” y de “motivos-determinantes” que son de interés para las personas que se obligan y realizan las prestaciones objeto de la relación jurídica, siendo estos motivos de carácter privado o propios del sujeto, y si bien están en un plano interno, no por eso son menos jurídicos<sup>75</sup>. Al igual que cualquier ciudadano, el funcionario no tiene un derecho subjetivo en la regulación de la parte objetiva de la función pública, es decir, no puede participar en la organización de los servicios ya que esa atribución es privativa y exclusiva del Estado. Sin embargo, la situación jurídica del funcionario contempla ciertos derechos que no entran a formar parte de las prerrogativas privativas del Estado que actualmente constituyen derechos fundamentales de índole social reconocidos en las constituciones, los cuales pueden ser objeto de negociación por las partes porque en ellos no se discute un interés público, sino los intereses de un sector como pueden ser, los derechos de carrera, el sistema de retribución, el derecho a huelga, etc. BARRACHINA dice que todo este conjunto de normas jurídicas propias del funcionario público, que regulan sus derechos, deberes y prohibiciones en el ejercicio de sus funciones, nos demuestra la existencia de un verdadero derecho funcionarial dentro del ordenamiento jurídico, puesto que afecta a una parte importante de la colectividad cuyo servicio contiene una amplia transcendencia social, económica y política, y por sobre todo, porque posee principios generales que sólo son aplicables en dicho ámbito<sup>76</sup>.

### 3.2.1. Elementos.

Para entender la compleja estructura del aspecto subjetivo de la función pública es necesario analizar los tres elementos fundamentales que posee dicha organización que son el órgano, el cargo o función y la persona física que presta su servicio, es decir, el funcionario.

<sup>73</sup> PALOMAR OLMEDA, Alberto. *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. op. cit. pág. 40; JEZE, Gastón. *Principios generales de Derecho administrativo*. op. cit. pág. 267; PEÑA VILLAMIL, Manuel. *Derecho administrativo*. op. cit. pág. 260.

<sup>74</sup> JEZE comparte este pensamiento y al respecto expresa: “En los países libres, resulta imposible prescindir por completo de la opinión y de los intereses de los funcionarios públicos. Una buena organización es aquella que asegura la satisfacción de las necesidades de interés general, sin sacrificar de ningún modo a los agentes empleados en dicho servicio. Es posible obtener este resultado sin recurrir al procedimiento contractual, conservando siempre el unilateral. Basta para ello establecer que, antes de adoptar tal o cual decisión concerniente al personal, los jefes de servicio escucharán las opiniones de los delegados de los agentes del servicio, quienes expresarán los deseos del personal” (JEZE, Gastón. *Principios generales de Derecho administrativo*. op. cit. idem pág.).

<sup>75</sup> BIELSA, Rafael. *La función pública*. op. cit. pág. 129.

<sup>76</sup> BARRACHINA, Juan E. *La función pública. Su ordenamiento jurídico*. op. cit. pág. 183.

### 3.2.1.1. El órgano.

Toda entidad pública constituye una red de unidades funcionales cada una de las cuales tiene encomendada la realización de un conjunto de funciones o tareas que se encuentran bajo la responsabilidad de una persona física o colegiado de personas que ostentan la dirección del ente. Para que cada una de estas entidades pueda cumplir con sus fines debe disponer de una estructura orgánica que le permita cumplir materialmente con la función que constitucionalmente le corresponde. Los órganos públicos pueden ser definidos como aquellas unidades de acción o centros de competencia que son creadas por el Derecho para ejercer las funciones estatales que le autoriza el ordenamiento jurídico y que son administrados por medio de sus agentes, cuya actuación es imputada a la persona jurídica a la que pertenece<sup>77</sup>. Sostiene SANTAMARÍA PASTOR que el concepto de órgano ha tenido una evolución realmente atormentada, y de las abundantes teorías que existen al respecto cabe señalar que, mientras para la doctrina clásica la noción de órgano se refería a la persona física del servidor del Estado, otros autores defendieron que el concepto debía aplicarse no tanto a la persona, cuanto al complejo de funciones unificadas en una figura abstracta, del que la persona física sería mero titular; para otros, en cambio, el complejo de funciones debería designarse «oficio», siendo el órgano la unidad formada por las funciones y su titular<sup>78</sup>. Esta última noción ofrece lo que para nosotros es el elemento medular de un órgano: la competencia, es decir, un conjunto de funciones o materias que son atribuidas al órgano para su gestión. Si decimos que al órgano se le encomiendan una serie de actividades o funciones, es porque el ordenamiento jurídico le ha dotado de capacidad jurídica para actuar en el ámbito de las relaciones jurídicas, y así poder cumplir con su fin instrumental.

Se distinguen tres tipos de competencias: la funcional, la jerárquica, y territorial. La primera se refiere para aludir al resultado de la distribución de competencias en virtud de criterios materiales (por ejemplo, Departamento de Finanzas, Departamento de planificación, etc.). La segunda alude a la distribución escalonada de la titularidad de funciones públicas sobre una determinada materia, encomendadas en su conjunto a una división entre los diversos órganos o niveles jerárquicos del mismo, en función directa de la importancia de los asuntos. Y la tercera se refiere para distinguir los diferentes ámbitos geográficos a los que se extiende la competencia de los entes u órganos<sup>79</sup>. Desde un punto de vista descriptivo, pueden considerarse a los órganos del Estado como “centro de funciones”, los cuales se desdoblán en dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero se refiere a la función o grupo de funciones atribuidas a las personas físicas, denominadas comúnmente «oficios», y la segunda, se refiere a la individualidad física, es decir, al funcionario<sup>80</sup>.

### 3.2.1.2. El Cargo o Función.

El cargo o función es el lugar o posición que una persona ocupa dentro de un órgano determinado, el cual se encuentra integrado por un conjunto de funciones a ser desarrolladas por su titular<sup>81</sup>. Cada cargo representan una o varias actividades legalmente establecidas cuyo contenido esta formado por derechos, deberes y obligaciones, y es individualizado bajo una denominación que permite clasificarlos y distribuidos en el conjunto orgánico<sup>82</sup>. El cargo o

<sup>77</sup> RAMÍREZ CANDIA, Manuel de Jesús. *Derecho administrativo*. op. cit. pág. 87.

<sup>78</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho administrativo general*. Tomo I. Editorial Iustel. Madrid. Año 2004. pág. 404.

<sup>79</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho administrativo general*. op. cit. pág. 447. En ese sentido, GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho administrativo*. op. cit. pág. 424.

<sup>80</sup> ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho administrativo*. op. cit. pág. 81.

<sup>81</sup> ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho administrativo*. op. cit. pág. 99.

<sup>82</sup> RAMÍREZ CANDIA, Manuel de Jesús. *Derecho administrativo*. op. cit. pág. 88.

función constituye el aspecto objetivo de los órganos públicos, resultando necesario para su correcta comprensión, el análisis separado con relación a las personas físicas que ocupan dichos cargos. El art. 30 de la LFPP expresa: “Cargo es la función o trabajo que debe desempeñar un funcionario. El cargo público es creado por ley, con la denominación y la remuneración prevista en el Presupuesto General de la Nación. Los cargos tendrán un orden jerárquico. El funcionario que los ocupe se regirá por el principio según el cual a mayor facultad corresponde mayor responsabilidad”.

### 3.2.1.3. El funcionario público.

La estructura del órgano posee un elemento objetivo que viene constituido por el cargo. Pero como el cargo no es más que una mera abstracción, es lógico afirmar que el órgano no puede cumplir sus funciones sino por medio de personas físicas que ocupan los cargos y realizan las actividades que vendrán a ser jurídicamente imputadas al órgano. De ahí la importancia que posee el funcionario público como elemento subjetivo, siendo el motor que mantiene con vida la estructura de las entidades públicas.

La doctrina coincide que la fijación un concepto de funcionario público presenta muchos problemas, especialmente, porque las distintas legislaciones nacionales han otorgado características y particularidades que corresponden a cada realidad jurídica, como también por el impresionante número de personas que realizan servicios al Estado, lo cual dificulta identificar en dicho colectivo quienes realmente son considerados funcionarios públicos. Sin embargo, todos los Estados poseen una función pública regulada por un ordenamiento jurídico independiente que ofrece los principios generales que enriquecen y caracterizan a la posición jurídica del funcionario público. A través de los mismos se intentará elaborar un concepto de funcionario público.

El término funcionario público proviene de la conjunción de dos palabras: función y público. En relación a la primera, habíamos mencionado que la función es una actividad legal que constituye una de las tantas tareas y potestades que establece el Estado para cumplir con sus obligaciones de satisfacción de los intereses colectivos. De ahí que CASTILLO BLANCO mencione que el término funcionario deriva de la palabra latina “fungor” que significa un hacer, cumplir, ejercitar una actividad, la cual es atribuida a una persona<sup>83</sup>. Para ROMANO, cuando las potestades se ejercitan, no en beneficio de un interés propio, o al menos exclusivamente propio, sino en beneficio de intereses ajenos o de carácter objetivo se encuentra el concepto de función<sup>84</sup>. Por consiguiente, cuando a la función se le adhiere una persona, ésta viene a adquirir una cualidad personalizada de aquella y viene a significar a la persona que participa en determinada actividad, pero en una actividad dinámica, progresiva, tendiente a conseguir un determinado fin<sup>85</sup>. La segunda (público) se refiere a todo lo que se considere relacionado con el interés general. Como puede deducirse, lo público viene a cualificar y distinguir a la función, ya que de forma aislada pueden existir en la sociedad innumerables organizaciones en las que actúan personas cumpliendo una función.

En una primera aproximación el diccionario de la RAE considera funcionario a toda persona que desempeña un empleo público<sup>86</sup>. Sin embargo, esta definición resulta a primera vista muy vaga e imprecisa a los efectos de nuestra investigación. MARTINS nos proporciona una definición amplia pero más comprensible al expresar que funcionario público es todo individuo que ejerce una función pública en virtud de una relación funcional con cualquiera de los tres poderes clásicos del gobierno (Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial), u órganos de

<sup>83</sup> CASTILLO BLANCO, Federico. *Lecciones de función pública*. op. cit. pág. 122.

<sup>84</sup> ROMANO citado por GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho administrativo*. op. cit. pág. 361.

<sup>85</sup> BARRACHINA, Juan E. *La función pública. Su ordenamiento jurídico*. op. cit. pág. 220.

<sup>86</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Aceptación N°1.

creación constitucional o legal, ya sea que éstos dependan jerárquicamente de otros o sean entidades descentralizadas (entes autónomos, servicios descentralizados, gobiernos departamentales)<sup>87</sup>. Esta definición trae consigo aspectos positivos como que el sujeto ejerce funciones públicas mediante una relación funcional con el Estado, es decir, que esa relación esta sujeta a la ejecución de actividades tendientes a satisfacer los intereses públicos. Pero tropieza con el problema de no mencionar el tipo de vínculo que une al sujeto con el Estado, en razón a que pueden existir personas que prestan servicios por medio de un nombramiento de autoridad competente y sujetas a una ley de función pública, y otras que se encuentran vinculadas por un contrato de trabajo, como podrían estarlo con una empresa privada<sup>88</sup>.

Otro sector doctrinal parte de la distinción entre funcionarios públicos y empleados públicos. Los funcionarios públicos son los agentes públicos investidos de autoridad para expresar la voluntad externa del órgano público, y los empleados serían las personas que expresan la voluntad interna del órgano público, es decir, ejecutan las decisiones que emanan de las autoridades del órgano<sup>89</sup>. MAYER otorga un contenido diferente a esta clasificación según la esfera del Derecho en que nace la relación jurídica. Así, la relación de los funcionarios públicos es de Derecho público y la del empleado, una locación de servicios de carácter civil<sup>90</sup>. BARRACHINA en su concepto amplio de funcionario extiende los tipos de vínculo incluyendo también al Derecho laboral con relación a las personas que se encuentran en una relación de dependencia con el Estado. Este autor define al funcionario como aquella persona que profesionalmente presta sus servicios por cuenta de la administración pública, ya sea de forma permanente o temporalmente, ya sea que la relación jurídica que le une con la administración pública esté regulada por el Derecho administrativo, el Derecho laboral, el Derecho civil o mercantil<sup>91</sup>.

La CNP al ser la ley suprema del país establece los aspectos fundamentales que debe tener la función pública (que constituye el marco delimitativo que tendrá en cuenta el legislador a la hora de regular por ley el actuar del funcionario en el ejercicio de sus funciones)<sup>92</sup>, y en el art. 101 expresamente menciona en cuanto a los funcionarios: “*Los funcionarios y los empleados públicos están al servicio del país. Todos los paraguayos tienen el derecho a ocupar funciones y empleos públicos. La Ley reglamentará las distintas carreras en las cuales dichos funcionarios y empleados presten servicios, las que, sin perjuicio de otras, son la judicial, la docente, la diplomática y consular, la de investigación científica y tecnológica, la de servicio civil, la militar y la policial*”. Como puede apreciarse, la Constitución utiliza un criterio amplio para referirse a las personas que prestan servicios al Estado, ya que indistintamente se las mencionan con los términos funcionarios y empleados públicos. Aparentemente se ha querido diferenciar estas dos categorías de servidores públicos en base a la distinción que existe sobre

<sup>87</sup> MARTINS, Daniel Hugo. *Constitución y administración*. Editorial Librería Jurídica A.M. Fernández. Montevideo. Año 1993. pág. 531

<sup>88</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la función pública*. op. cit. pág. 22.

<sup>89</sup> RAMÍREZ CANDIA, Manuel de Jesús. *Derecho administrativo*. op. cit. pág. 394.

<sup>90</sup> MAYER citado por MOREY, Juan. *La función pública. Necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*. op. cit. pág. 21.

<sup>91</sup> BARRACHINA, Juan E. *La función pública. Su ordenamiento jurídico*. op. cit. pág. 222.

<sup>92</sup> El Capítulo VIII de la CNP de 1992 que regula sobre el Derecho del trabajo, dedica en la Sección II “De la Función pública”, un conjunto de normas (arts. 101 al 106) que se refieren exclusivamente a la parte subjetiva de la función pública, es decir, a las personas que prestan servicios en los órganos públicos. La CNP no regula exhaustivamente todos los elementos y particularidades de la función pública, puesto que su fin es fijar y garantizar de modo general los contornos fundamentales que debe tener la organización funcionarial. Para comprender lo que se debe entender por “funcionario público” dentro de un determinado ordenamiento jurídico, es imprescindible analizar primeramente los aspectos fundamentales que el marco constitucional fija para la función pública, lo que constituirá un primer grado de interpretación.



ellas en la doctrina<sup>93</sup>. Sin embargo, y aunque la doctrina haya resaltado importantes diferencias conceptuales entre ambos conceptos, el constituyente ha dejado en manos del legislador la decisión de equiparar o darles un contenido jurídico distinto al momento de regular el concepto de funcionario en las leyes internas de la función pública. En ese sentido, el legislador ha elegido la primeración opción al haber dejado en claro en el art. 3 de la LFPP que los términos «funcionario y empleado público» son equivalentes y que poseen un mismo alcance en cuanto a derechos y obligaciones en el ejercicio de sus funciones. Por otra parte, cuando la Constitución menciona que estos sujetos están al servicio del país, hace referencia a uno de los principios que justifican la actividad del funcionario público que es el interés público. Si bien no se menciona expresamente al interés público, se puede inferir que dicho principio se encuentra implícito en el espíritu del citado artículo, pues el servicio que prestan los funcionarios y empleados públicos tiene su causa o fundamento en la satisfacción de las necesidades de los habitantes de un país, con lo cual se equipara a la idea de interés público.

Para poder obtener un concepto restringido de funcionario público acorde a los parámetros constitucionales que hoy en día posee la función pública, es necesario partir de los siguientes argumentos:

- 1) La función pública es un conjunto de actividades desarrolladas por los distintos órganos del Estado para el cumplimiento de sus finalidades. La más importante de todas ellas es la satisfacción de las necesidades colectivas, las cuales son cubiertas mediante la prestación de servicios públicos. Como las necesidades son constantes en una sociedad contemporánea y globalizada, también deberán tener dicha característica los servicios públicos. De esta forma, la primera característica que debe tener el funcionario, es que su actividad debe ser permanente<sup>94</sup>.
- 2) Las actividades o tareas que son “funciones públicas” deben estar previamente establecidas como constitutivas de un cargo o función que pertenece a una entidad pública. Quiere decir que la persona que va a ejercer dichas funciones debe ocupar o adscribirse al cargo que las contiene.
- 3) Lo anterior nos lleva a preguntarnos de qué forma el sujeto accede a ocupar el cargo y el tipo de vinculación mantiene con el Estado. En cuanto a lo primero, para que el sujeto pueda realizar permanentemente un cargo debe necesariamente ingresar en la organización estatal, y esto sucede en la mayoría de los casos cuando es designado por un acto administrativo de nombramiento al cargo emanado de la autoridad competente del órgano público. Decimos en la mayoría de los casos, porque la doctrina suele no mencionar a otra de las formas constitucionalmente admitidas de ingreso a la función pública que es la designación de un cargo público por elección popular. La CNP reconoce no solamente al sufragio como un derecho y un deber, sino que además prescribe que es una función pública que debe prestar el elector<sup>95</sup>, ya que la mayoría de los cargos superiores que ejercen la titularidad de los poderes del Estado, específicamente el ejecutivo y el legislativo, son elegidos por el voto del pueblo.

---

<sup>93</sup> Serían funcionarios públicos aquellas personas que ejercen funciones públicas y que tienen autoridad o poder de decisión al exteriorizar la voluntad del órgano público; mientras que los empleados públicos son aquellas personas que realizan actos ejecutorios emanados de las decisiones de autoridad. En ese sentido, al interpretar el Art. 101 de la CNP, PANGRAZIO sostiene que el funcionario es aquel que por disposición inmediata de la ley ejerce una función pública, refiriéndose a la autoridad jerárquica. Funcionario sería aquel que puede dictar un acto administrativo, es decir, formular resoluciones para ejecutar la ley. En cambio, el concepto de empleado tiene un sentido menos jerárquico, ya que el mismo no estaría investido de la atribución de sancionar tales actos administrativos. Su dependencia al superior jerárquico no le concede funciones decisorias como las que tiene el funcionario público (PANGRAZIO, Miguel Ángel. *Tratado de Derecho público*. Editorial Ediciones y Arte. Asunción. Año 1996. pág. 330).

<sup>94</sup> ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho administrativo*. op. cit. pág. 272.

<sup>95</sup> Art. 118 de la CNP.

Por lo tanto, una persona es funcionario público porque dicha calidad ha sido adquirida a través de un acto de nombramiento de una autoridad competente o por elección emanada del voto popular de los ciudadanos.

En cuanto a lo segundo, el vínculo que mantiene al funcionario con el órgano estatal y las relaciones jurídicas que emanan del mismo están regulados por el Derecho público, y en este sentido, todo lo concerniente al ejercicio del cargo, sus derechos, deberes y obligaciones se encuentran sujetos a unos mandatos objetivos previstos en un ley, estatuto o código del personal de la función pública. Las dos características que acabamos de mencionar son los rasgos más importantes que definen la calidad de funcionario público, y las diferencian de otras personas que realizan servicios al Estado como pueden ser los contratados. Estas personas realizan determinadas funciones a los ciudadanos pero no se las puede considerar funcionarios públicos porque se encuentran vinculadas al Estado por un vínculo contractual de Derecho privado y de forma temporal u ocasional para la ejecución de ciertas actividades puntuales<sup>96</sup>.

- 4) El funcionario público debe ser compensado o retribuido por la prestación de sus servicios mediante una remuneración justa y adecuada al tipo de función que realiza, que a su vez satisfaga las necesidades de su familia y las propias de su persona. La remuneración se establece de acuerdo al cargo y a la categoría que posee el funcionario, y como son recursos económicos públicos deben estar previstos en el presupuesto general de la nación de cada Estado.

De las citadas notas distintivas y desde un punto de vista restrictivo, se puede decir que un funcionario público es toda persona que, por medio de designación de autoridad competente o por elección popular, cumple una función pública en virtud de una relación de Derecho público en cualquiera de los órganos del Estado, y por el cual recibe una remuneración prevista en el presupuesto general de un Estado. En este contexto cabe acotar que el sistema de carrera cerrado de función pública instaurado por Napoleón en Francia y que ha influenciado a la mayoría de las organizaciones funcionariales de los países occidentales fue paulatinamente modificado a través del tiempo por otro, que si bien todavía posee como piedra angular el nombramiento de funcionarios con cargos estables, permanentes y duraderos, se destaca también por la utilización de cargos temporales cuyo vínculo, derechos y obligaciones son más flexibles para ajustarse a las necesidades de un determinado lugar y tiempo. En conclusión, existen muchas personas que cumplen servicios en los distintos órganos del Estado, pero no todas éstas son consideradas funcionarios públicos.

#### **4. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS.**

En los apartados anteriores hemos comprobado que en el sistema social la función pública es una organización que cumple una función importante y necesaria para el desarrollo personal del individuo y su normal desenvolvimiento en la sociedad. No en vano el legislador paraguayo al sancionar el CPPyo de 1997 ha previsto en el Capítulo III del Título VIII un conjunto de conductas punibles cuyo objeto de tutela es la función pública y que en su mayoría

---

<sup>96</sup> Al respecto ENTRENA CUESTA afirma que la idea de incorporación excluye del carácter de funcionario a toda persona que ocasionalmente presta un servicio a la administración. (ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho administrativo*. op. cit. idem pág.). En ese mismo sentido, CASTILLO BLANCO, Federico. *Lecciones de función pública*. op. cit. pág. 128.

tienen como sujeto activo a un funcionario público<sup>97</sup>. La función pública como objeto de protección penal no ha presentado objeciones por parte de la doctrina en cuanto a su inclusión y permanencia en los ordenamientos jurídicos penales, de ahí que siempre ha habido en los códigos penales un conjunto de delitos agrupados en un capítulo específico dedicado a su protección<sup>98</sup>.

Antes de abordar las consideraciones que califican a la función pública como bien jurídico, es necesario referirnos primeramente –sin hacer un estudio exhaustivo ya que este no es el objeto de esta investigación– a la teoría del bien jurídico y su real significación para el desarrollo del Derecho penal, debido a que su repercusión ha sido sumamente importante no sólo en el terreno político criminal, sino también en el ámbito de la dogmática jurídico penal y, específicamente, dentro de la teoría del delito en el interior del sistema del hecho punible<sup>99</sup>. Luego de este análisis estaremos en condiciones de adoptar un concepto de bien jurídico que permita calificar a la función pública como bien esencial para el ser humano y la sociedad, como asimismo, justificar su necesaria protección por el Derecho penal.

#### 4.1. El bien jurídico.

El Derecho penal se concibe como un subsistema de control social del Estado que actúa ante los fenómenos criminales que se verifican en una sociedad y en un momento dado<sup>100</sup>. Pero su grado de intervención nunca es primario sino subsidiario, en el sentido de que sólo actúa cuando otros medios de control social fallan al no ser capaces de contener ciertos conflictos graves desde un punto de vista social<sup>101</sup>. Si se reconoce al Estado el monopolio de la coerción penal a través del *ius puniendi*, nos preguntamos qué criterios utiliza para incriminar una conducta y conminarla con una pena, o en palabras de de HASSEMER ¿qué es lo que hace que una acción se transforme en delito<sup>102</sup>? La incriminación de una norma penal se realiza exclusivamente para preservar un interés que pertenece a alguien. Así, el fundamento de la incriminación de conductas radica en que ellas manifiestan empírica-socialmente una dañosidad que tiene como consecuencia la puesta en peligro o la lesión misma de los bienes jurídicos, entendidos éstos como todas las condiciones que hacen posible la vida de los individuos y la

<sup>97</sup> En principio estos delitos tipifican conductas que sólo pueden ser cometidas por un funcionario en el ejercicio de sus funciones; sin embargo, también existen conductas punibles dentro del capítulo de los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas que pueden ser llevadas a cabo por particulares, como es el caso del delito de soborno.

<sup>98</sup> Es indiscutible la presencia de conductas penales cometidas por funcionarios públicos a través del tiempo cuya longevidad se puede constatar ya en el Tratado de Derecho penal de FEUERBACH, que en su IV Parte, Título I contempla a un conjunto de delitos bajo la denominación “De los crímenes de los funcionarios”. El autor establece tres clases de crímenes: 1) el abuso de función pública, que a su vez comprende: a) el abuso de poder funcional en sentido estricto, b) la concusión, y c) la corrupción, 2) el desfalco y 3) el crimen de lesión a los deberes judiciales (RITTER VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Tratado de Derecho penal*. 14ª Edición Alemana. Traducido por Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Editorial Hamurabi. Buenos Aires. Año 1989. págs. 304 y 305).

<sup>99</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*. Editorial BdeF. Buenos Aires. Año 2004. pág. 1.

<sup>100</sup> DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista*. RJPLD N° 30. Año 1997. pág. 11 “El derecho penal viene a ser un subsistema más dentro del sistema de control social, que, como todos los restantes, persigue sus mismos fines de aseguramiento del orden social y se sirve de idénticos instrumentos fundamentales, esto es, normas, sanciones y proceso”. En este sentido, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Derecho penal. Concepto y funciones (Lección 1)*, en; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coordinador): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*. Tomo I. Editorial Iustel. Madrid. Año 2010. pág.25; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 7ª Edición. Editorial Reppertor. Barcelona. Año 2005. pág. 49; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho penal*. Editorial Universitaria. Madrid. Año 2005. pág. 43; GONZÁLEZ MACCHI, José Ignacio. *Introducción al Derecho penal paraguay*. Editorial Continental. Asunción. Año 2003. pág. 26.

<sup>101</sup> SANTANA VEGA, Dulce María. *Funciones del Derecho penal y bienes jurídicos-penales colectivos*. RAP N°9. Año 2001. pág. 161.

<sup>102</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*. 2ª Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago-Chile. Año 2006. Pág. 122.

coexistencia social<sup>103</sup>. De esta manera, el fin del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos mediante la evitación de comportamientos humanos socialmente dañosos para ellos<sup>104</sup>.

El Estado es el que designa los bienes a ser protegidos y su forma de protección, por lo que dicha determinación corresponde a una decisión política del legislador. Sin embargo, y aunque se reconozca que en un Estado Social y Democrático de Derecho formalmente la creación y sanción de normas penales corresponde constitucionalmente al Poder Legislativo, esa prerrogativa no puede estar basada exclusivamente en el mero capricho de sus titulares, sino que debe estar amparada y sustentada en el individuo y la sociedad, quienes a través del proceso democrático transmiten su decisión de proteger sus condiciones más preciadas para que luego las instancias políticas materialicen dicha decisión social<sup>105</sup>.

El juicio de valor que realiza el Estado para designar a los bienes jurídicos dignos de protección se ha desarrollado substituyéndose la pregunta de lo que es “justo” como principio legitimador, por la pregunta de lo que es “necesario” para una determinada sociedad<sup>106</sup>, la cual sólo puede tener respuesta en la libre participación de la sociedad que concede todo Estado Social y Democrático de Derecho. Este principio es adoptado por la CNP en el art. 1 que reconoce que la República del Paraguay se constituye en un Estado Social de Derecho y adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana.

Para explicar mejor este criterio jurídico como base de la designación de bienes jurídicos, es necesario analizar los tres elementos en los que se basa la estructura política del Paraguay. En primer lugar, el Estado social reconoce que la base del orden social de un país es desigual, por lo que otorga al Estado la misión de eliminar esas desigualdades realizando su papel de creador de bienestar. Aunque al Derecho penal no le corresponda directamente una función promocional, como instrumento de control social formal coadyuva al progreso social, económico y cultural de la sociedad mediante la prohibición de todas aquellas conductas humanas que atenten las actividades y prestaciones creadoras de bienestar social<sup>107</sup>. En segundo lugar, el Estado de Derecho quiere decir que todos los partícipes de la vida social, es decir, el ser humano individual o colectivamente hablando y el Estado, se encuentran sometidos por igual al

<sup>103</sup> Con buen criterio sostiene ROXIN que las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos. Pero no sólo circunscribe a éstos últimos, sino que incluye también las instituciones estatales que son imprescindibles para ese fin (ROXIN, Claus. *Fundamentos políticos-criminales del Derecho penal*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Año 2008. pág. 123).

<sup>104</sup> La protección de bienes jurídicos como fin del Derecho penal es el criterio adoptado por la doctrina mayoritaria actual. Entre otros: CUELLO, Joaquín. *Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal*. ADPCP Año 1981. pág. 462; ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducido por Manuel Abanto Vásquez. Editorial Grijley. Lima. Año 2007. pág. 92; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación al ilícito penal)*. RFDUC N° 69. Año 1983. pág. 85; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Traducido por Miguel Olmedo Cardenete. Granda. Año 2002. pág. 7; MIR PUIG, Santiago. *El bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi*. REPC N° 14. Año 1989. pág. 205; GONZÁLEZ MACCHI, José Ignacio. *Introducción al Derecho penal paraguayo*. Op. Cit. pág. 24.

<sup>105</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*. op. cit. pág. 124.

<sup>106</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*. Salamanca. Año 1990. pág. 2.

<sup>107</sup> Sostiene SANTANA VEGA que un sector de la doctrina atribuye al Derecho penal una función directa promocional incidiendo de forma activa en el orden social a los efectos de ahondar y evitar las diferencias sociales, así como la de dirigir la evolución del modelo social hacia metas aún no alcanzadas (SANTANA VEGA, Dulce María. *Funciones del Derecho penal y bienes jurídicos-penales colectivos*. op. cit. pág. 153). En oposición a esta tesis, DIEZ RIPOLLÉS argumenta que el modelo de intervención penal debe ajustarse a respetar los límites que son inherentes a la política criminal, sin pretender desarrollar tareas que sólo competen a una política social en toda su extensión. De esta forma, la política criminal debe limitarse a contribuir al control social, que no es más que un aspecto a desarrollar por la política social (DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista*. op. cit. pág. 13).

imperio de la ley. Cuando se decide proteger los bienes más importantes del ser humano, no sólo se prohíben las acciones lesivas provenientes de “otros individuos”, sino también de la misma acción del Estado que en muchos de los casos es socialmente dañosa<sup>108</sup>. En tercer lugar, se encuentra la democracia. Es cierto que uno de los atributos más importantes de la democracia es el reconocimiento de un catálogo de derechos fundamentales previstos en la Constitución cuyo destinatario es el hombre, pero la forma más representativa de la democracia se contempla en el hecho de que las decisiones políticas son tomadas por el pueblo, siendo un método para decidir y no apunta a un qué sino a un cómo se ejercita el poder<sup>109</sup>.

El concepto de bien jurídico ha surgido como un instrumento liberal y garantista para limitar el poder arbitrario e ilimitado del Estado en la selección y definición de los bienes a ser protegidos por el Derecho penal, que en muchos de los casos no se constataba un verdadero interés trascendental para el individuo o el contexto social, sino más bien se fundamentaba en el quebrantamiento de mandatos religiosos o ético-morales. Ahora bien, ¿cuál es el contenido de la noción de bien jurídico? Como punto de partida es importante matizar que toda acepción que otorguemos a la noción de bien jurídico debe entenderse relacionada con la base de la sociedad que es el hombre. Al abordar el sustrato material del bien jurídico la doctrina ha utilizado una terminología variada como derecho, bienes, intereses, valores, estados o instituciones, los cuales aunque no tienen el mismo sentido jurídico, se refieren a variables teóricas que entrecruzan concepciones que los ven como inmanentes o trascendentes al sistema de derecho penal, y otras que procuran definirlo en base a criterios sociológicos, funcionalistas o constitucionales<sup>110</sup>.

Para comprender la noción de bien jurídico es lógico y necesario determinar primeramente lo que es un “bien”. Por bien entiende POLAINO NAVARRETE, todo cuanto es susceptible de reportar una utilidad a la persona o a la coexistencia en sociedad. Este autor destaca la configuración elemental y exacta del bien como algo favorable y útil para la vida humana, jurídicamente estimado como tal, constituyendo un factor vital positivo y necesario o, cuando menos, útil y conveniente en la convivencia de las personas regulada por el derecho<sup>111</sup>. De la citada definición se extrae que el “bien” es todo aquello que resulta favorable para el hombre y por lo tanto se destaca su contenido axiológico, es decir, como valor positivo para su persona. Por su parte, la calificación de “jurídico” al bien viene dado por la estimación que el derecho otorga a estos valores como imprescindibles para el desarrollo de la vida social, siendo regulados en los distintos ámbitos en que se divide el ordenamiento jurídico.

Desde este punto de vista axiológico, FERNÁNDEZ sostiene que si el derecho en general se explica por su referencia a valores, es innegable que los bienes jurídicos tienen un contenido valorativo, en tanto subsume bajo protección penal aquellas relaciones valiosas para el individuo y para la sociedad<sup>112</sup>. Estas relaciones son valoradas socialmente porque se sustentan en vínculos que el hombre tiene con aquellos objetos que hacen posible su propia autorrealización personal. Por ejemplo, el individuo mantiene vínculos con objetos a través de su derecho a la propiedad o la posesión, se relaciona intersubjetivamente con otros individuos por medio de su derecho a la libertad física, sexual, de tránsito, y también tiene relaciones con el Estado al estar facultado a exigir la creación de servicios públicos capaces de satisfacer sus necesidades propias y colectivas. Entender a los bienes jurídicos como “relaciones valiosas”

<sup>108</sup> SANTANA VEGA, Dulce María. *Funciones del Derecho penal y bienes jurídicos-penales colectivos*. op. cit. pág. 161 “Cuando se afirma que el Derecho penal ha de tutelar bienes jurídicos penales se está protegiendo al individuo de una represión ilimitada del Estado, pero también a la sociedad y a sus miembros de los abusos intolerables del individuo o grupos que delinquen”.

<sup>109</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Derecho penal y teoría de la democracia*. RCJ N° 30. Año 1995. pág. 13.

<sup>110</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*. op. cit. pág. 7.

<sup>111</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho penal*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Año 1974. págs. 28 y 29.

<sup>112</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*. op. cit. pág. 141.

tiene una gran utilidad para obtener una mejor comprensión de dicho término, puesto a que ayuda al intérprete a diferenciarlos de los objetos materiales sobre los cuales recae la acción criminal de los sujetos activos, es decir, permite distinguir al objeto de protección de las normas penales del objeto de acción criminal<sup>113</sup>. Al respecto, señala JESCHECK que la doctrina más moderna, y con razón, pone de relieve que los bienes jurídicos no deben ser comprendidos como bienes materiales, sino que se trata de las relaciones de las personas con los intereses reales<sup>114</sup>. Esta distinción suele ejemplificarse en la literatura, así en el delito de hurto no se tutela la cosa ajena mueble sobre la cual recae el apoderamiento, sino que se protege la relación de propiedad que tiene el titular de la cosa con su esfera patrimonial. Se admite que a veces tales conceptos pueden coincidir en determinados delitos, como sucede en los delitos de homicidio en que la vida humana es tanto el objeto de la agresión como así también el bien jurídico penal protegido<sup>115</sup>.

Llegado a este punto todavía no se vislumbra un contenido claro de lo es un bien jurídico penal, pues no toda relación valiosa que tiene una estimación positiva y regulada por el ordenamiento jurídico puede considerarse bien digno de protección penal. Para que un interés social pueda ser considerado un bien jurídico penal, el legislador debe primeramente realizar un examen de todos los distintos ordenamientos jurídicos en que se compone el sistema jurídico y luego precisar cual es el más idóneo para su protección. Si el bien jurídico puede ser protegido por otras ramas del ordenamiento jurídico que sean más efectivas preventivamente y que posean medios coercitivos disuasorios menos graves que la pena, el legislador deberá optar por ellos<sup>116</sup>. De esta manera sólo se podrá elevar un bien jurídico a la categoría de bien jurídico penal cuando el mismo sea atacado por conductas que supongan su lesión o puesta en peligro (principio de fragmentariedad), y además, que la pena característica del Derecho penal sea el único modo apto para responder a las situaciones de amenaza, circunstancia que se demuestra cuando otros medios de control social no sea capaces de prevenir dichos actos (principio de subsidiariedad)<sup>117</sup>.

Por último, y como bien se ha afirmado, el bien jurídico penal encuentra su base y fundamento en la sociedad, como consecuencia del ejercicio pleno de la participación ciudadana en democracia, atributo fundamental de un Estado Social de Derecho. El legislador valora todas aquellas relaciones fundamentales para el hombre y que posibilitan su libre desarrollo social, teniendo la función de elevar dichas relaciones a la categoría de bienes jurídicos penales cuando verifica su valiosidad social y se dan otros requisitos fundamentales como son el principio de

<sup>113</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho penal*. op. cit. pág. 36; MUÑOZ CONDE, Francisco; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Bien jurídico y función en Derecho penal*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Año 2004. pág. 45; ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. 2ª Edición alemana. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña. Editorial Thompson-Civitas. Madrid. Año 2006. pág. 62; HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal*, en: Hefendehl, Roland; Hirsch, Andrew; Wohlers, Wolfgang (Editores): La teoría del bien jurídico. Editorial Marcial Pons. Barcelona. Año 2007. pág. 180.

<sup>114</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. idem.pág.

<sup>115</sup> No obstante, para ROXIN esta coincidencia es sólo aparente, pues el objeto de la acción es la persona concreta cuya vida individual es agredida, mientras que el bien jurídico protegido es la vida humana como tal (ROXIN, Claus. *Derecho Penal-Parte general*. op. cit. pág. 63).

<sup>116</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal-Parte general*. op. cit. pág. 64 “Es en gran medida cuestión del prudente criterio del legislador decidir si quiere proteger un bien jurídico penalmente o con medios del Derecho civil y del Derecho público, e incluso tienen prioridad las posibilidades de protección extrapenal que sean suficientemente eficaces”.

<sup>117</sup> Concuerda MIR PUIG que para que un bien jurídico pueda considerarse, además, un bien jurídico penal, cabe exigir en él dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección penal. En cuanto a la primera condición, sostiene que la importancia social del bien merecedor de tutela jurídico penal ha de estar en consonancia con la gravedad de las consecuencias propias del Derecho penal. Por eso sólo las prohibiciones y mandatos fundamentales de la vida social merecen adoptar el carácter de normas penales, y sólo las infracciones de tales normas merecen la consideración de delitos. En cuanto a la segunda condición, no basta que un bien posea suficiente importancia social para que deba protegerse penalmente, siendo preciso que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos. Si basta la intervención administrativa, o la civil, no habrá que elevar el bien al rango de bien jurídico penal (MIR PUIG, Santiago. *El bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi*. op. cit. págs. 209-215).

fragmentariedad y subsidiariedad. Con acierto VON LISZT –en contra de la tesis de Binding<sup>118</sup> entendía que el bien jurídico no es un concepto exclusivamente jurídico sino una creación de la vida diciendo: “todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico”<sup>119</sup>. Esta idea nos da la pauta de que el bien jurídico penal no es obra del legislador, es una realidad social que es previa a la creación de las normas penales cuyo fundamento se encuentra sustentado en la dignidad del hombre y en la sociedad en su conjunto. Todo comportamiento calificado de intolerante y que debe ser rechazado con los medios más graves del Estado, depende de la valoración que haga la sociedad de esos comportamientos y de los bienes que son puestos en peligro o lesionados, que luego serán tenidos en cuenta por el legislador. De ahí que la elevación de un bien a la categoría de bien jurídico penal está condicionada en gran medida por el grado de madurez democrática de las instancias políticas y de sus fallos estructurales<sup>120</sup>.

## 4.2. Funciones del bien jurídico.

El bien jurídico cumple determinadas funciones dentro de la teoría penal. La doctrina ha atribuido al bien jurídico penal cuatro funciones principales: 1) función de garantía, 2) función de legitimación, 3) función teleológica o dogmática y 4) función sistematizadora. Las mismas serán explicadas seguidamente.

### 4.2.1. Función de garantía.

La función de garantía o de política criminal del bien jurídico penal es aquella que cumple la tarea de limitar el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Históricamente el bien jurídico surgió como un instrumento teórico para evitar que la creación de tipos penales se ampare en sentimientos morales, dogmas religiosos y la arbitrariedad del propio Estado<sup>121</sup>, aunque en algunas legislaciones todavía persiste algunos tipos penales que pretenden proteger bienes jurídicos en los que no se puede identificar un interés social vulnerable o en peligro de serlo, como son los delitos contra los símbolos de un Estado, exhibicionismo o la paz de los difuntos. La función de garantía determina los límites que el Estado debe respetar cuando despliega su política criminal a través de la sanción de leyes penales, y se erige en un planteamiento programático dirigido al legislador que le faculta solamente a definir conductas criminales a la

<sup>118</sup> El bien jurídico era considerado por BINDING como un bien para la vida jurídica, y se halla conformado por todo aquello que el legislador encuentra valioso para el desarrollo de la vida comunitaria, en la que está interesado el Estado. Esta concepción harto permisiva para el Estado, constituía un criterio de delimitación apenas formal, ya que el bien jurídico surge de un mero juicio de valor del legislador quien lo califica o categoriza como tal, sin otro límite que su propia consideración valorativa. El bien jurídico no es algo natural, no constituye un ente que vaya más allá del Derecho, no posee tampoco un origen prejurídico, sino que traduce una pura creación del legislador (FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*. op. cit. pág. 19).

<sup>119</sup> VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Tomo II. 20ª Edición alemana. Traducción de Luis Jiménez de Asua. Editorial Reus. Madrid. Año 1919. pág. 6.

<sup>120</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. Editorial PPU. Barcelona. Año 1987. pág. 28.

<sup>121</sup> PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Algunas consideraciones acerca de la legitimación del Derecho penal ¿es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?*, en: Gómez-Jara Díez, Carlos (Coordinador): *Teoría de sistemas y Derecho penal*. Editorial Comares. Granada. Año 2005. pág. 287. Por su parte, ROXIN cita un número de circunstancias que no pueden ser consideradas bienes jurídicos por parte del legislador: a) son ilegítimas aquellas normas penales que exclusivamente motivadas por la ideología, b) la mera delimitación de la finalidad de la ley no constituye un bien jurídico, c) la mera ilicitud moral no basta para justificar una disposición penal, d) la lesión de la propia dignidad no supone la lesión de un bien jurídico, e) la protección de sentimientos, y f) no pueden considerarse bienes jurídicos aquellos objetos de abstracción inaprensibles, como por ejemplo la paz pública (ROXIN, Claus. *Fundamentos políticos-criminales del Derecho penal*. op. cit. págs. 126-131).

exclusiva protección de bienes jurídicos<sup>122</sup>. En ese sentido, RUDOLPHI sostiene que el bien jurídico aparece como una renovada exigencia frente al legislador, según la cual sólo la protección de bienes jurídicos es tarea legítima de la legislación<sup>123</sup>. Este aspecto del bien jurídico cumple un papel axiológico y es su función más importante, puesto que ofrece al legislador los criterios necesarios para que pueda formular los distintos juicios de valor para la creación de nuevos hechos punibles.

El principio de exclusiva protección bienes jurídicos se encuentra regulado en el Derecho positivo paraguayo a nivel constitucional y normativo penal. El art. 21 de la CNP prescribe: “Del objeto de las penas. Las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad”. El constituyente ha decidido incluir este precepto dentro de la Constitución para garantizar a todos los ciudadanos que las penas privativas de libertad cumplen una función utilitaria en dos momentos distintos, uno antes de su aplicación y otro posterior a las mismas. Este principio, en estricta concordancia con la Constitución, ha sido contemplado en el art. 3 del CPPyo bajo la denominación de Principio de Prevención: “las sanciones penales tendrán por objeto la protección de bienes jurídicos y la readaptación del autor a una vida sin delinquir”. Así pues, en el sistema jurídico paraguayo existe una estrecha relación entre la función garantista del Derecho penal y la función que se le asigna a la pena como medio característico de la intervención penal.

El art. 3 del CPPyo hace referencia a la aplicación de las teorías relativas de la pena en sus dos vertientes, prevención general y prevención especial, pero de acuerdo a nuestro objeto de estudio solo nos referiremos en relación al primero. La primera parte del precepto conecta el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos con los postulados de la prevención general, puesto que limita la conminación de una sanción penal exclusivamente como medio de protección de determinados bienes jurídicos imprescindibles para la sociedad, persuadiendo a los miembros de la colectividad a no cometer delitos. GONZÁLEZ RUS afirma que la eficacia de la pena dentro de un sistema social está directamente conectada al contenido valioso del bien a que se presta protección jurídica, por lo que se produce una simbiosis entre el valor del bien jurídico y la función de la pena desde dos perspectivas: de una parte, dado que debe tutelarse aquello que en sí mismo es poseedor de valor, el señalamiento de la pena no es sino una consecuencia obligada por la condición valiosa del bien; y de otra, la significación social del bien se ve confirmada precisamente porque para su protección viene dispuesta la pena<sup>124</sup>. De esta forma se previene la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos cuando se utiliza a la pena como medio de intimidación de la sociedad en cuanto inhibe los impulsos delictivos de autores potencialmente determinados<sup>125</sup>. El efecto intimidatorio de la pena lleva el nombre de “prevención general negativa” y fue formulado por FEUERBACH quien sostenía que toda pena tiene como objetivo principal y necesario el de apartar a todos del crimen mediante su amenaza<sup>126</sup>. Este autor concebía a la pena como una amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan, operando como coacción psicológica en el momento abstracto de la incriminación legal<sup>127</sup>. En este sentido, la pena cumple la función de método intimidatorio

<sup>122</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho penal*. Volumen I. Editorial Trotta. Madrid. Año 1997. pág. 58. En efecto, destaca HASSEMER que el concepto de bien jurídico debe cumplir con la función de imponer al legislador penal una barrera y evitar, o por lo menos, dificultar una adecuación precipitada del Derecho penal a los intereses de la política criminal (HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. RDP N° 37. Año 1987. pág. 279).

<sup>123</sup> RUDOLPHI, Hans Joachim. *Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*. RNPP Año 1975. pág. 330.

<sup>124</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Bien jurídico y constitución*. Serie Universitaria 201. Madrid. Año 1983. pág. 8.

<sup>125</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho penal. Parte general*. 4ª Edición. Editorial Akal. Madrid. Año 1997. pág. 10.

<sup>126</sup> RITTER VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Tratado de Derecho penal*. op. cit. pág. 125.

<sup>127</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la penal*. Ediciones Universidad de Salamanca. Año 1999. pág. 101 “La teoría de la prevención general negativa fue formulada por



dirigido a los ciudadanos para disuadirlos a cometer hechos punibles, siendo un instrumento fundamental para la protección de bienes jurídicos.

La protección de bienes jurídicos también se lleva a cabo en el momento de la imposición de la pena en sede judicial, a raíz de la conciencia colectiva de la correcta aplicación y efectividad de la pena por los órganos jurisdiccionales de un Estado<sup>128</sup>. La reafirmación del Derecho penal es un complemento de la prevención general que lleva el nombre de “prevención general positiva”. Si la colectividad ve instaurada en su sociedad un ministerio público que ejerce con objetividad la acción penal pública y un Poder Judicial honesto, transparente, que no promueve la impunidad y aplica la ley imparcialmente, demostrará a los ciudadanos que el código penal no es un mero conjunto de normas simbólicas, y si cometen algún hecho punible se les aplicarán efectivamente las respectivas sanciones penales previstas en la ley. Sin lugar a dudas esto aumentará la actitud de respeto de los ciudadanos hacia los bienes jurídicos y constituirá un factor que fortalecerá al Derecho penal.

Se ha dicho y con razón, que la función de garantía que cumple el bien jurídico constituye un juicio crítico hacia el propio sistema penal, ya que permite descubrir si realmente detrás de cada norma penal existe un bien jurídico imprescindible para el contexto social y necesitado de protección. Como los bienes jurídicos surgen de la base social y están sujetos a rediscusión democrática, adquieren un carácter dinámico que provoca que el legislador revise constantemente los valores trascendentales que imperan en una sociedad determinada y en un momento dado, lo que influye tanto en la criminalización de nuevos bienes jurídicos como en la descriminalización de otros que no tengan más la necesidad de ser protegidos por el Derecho penal<sup>129</sup>. En definitiva, la función de garantía del bien jurídico es una barrera de contención a la política criminal del Estado, que sólo permite la creación de normas penales siempre que con ellas se pretenda evitar conductas que atenten o pongan en peligro el libre desarrollo del individuo y las bases en que se erige el Estado Social de Derecho.

#### 4.2.2. Función de legitimación.

La función de legitimación es consecuencia directa de la función de garantía, y cumple la tarea de justificar racionalmente la creación de normas penales dentro del contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho, que sólo será legítima cuando exista una auténtica necesidad de proteger un bien jurídico a través de la conminación penal. Para ello el legislador deberá realizar un estudio previo de todo el sistema jurídico y valorar si el recurso de la pena es el medio más idóneo para disuadir conductas que atenten los bienes jurídicos (principio de fragmentariedad). En caso de que esto sea afirmativo, será una decisión cuyo fundamento radica en la inaplicabilidad de otros medios de control social menos aflictivos para el ciudadano, recurriendo a la pena por ausencia de otras vías alternativas (principio de subsidiariedad)<sup>130</sup>.

---

Feuerbach a través de su “teoría de la coacción psicológica”, que concibe al individuo como un ser racional que es capaz de calcular la no conveniencia de la realización del delito, debido al mal que supone la pena, superior a la ventaja obtenida mediante la realización del delito”.

<sup>128</sup> GONZÁLEZ MACCHI, José Ignacio. *Introducción al Derecho penal paraguayo*. op. cit. pág. 56. MIR PUIG considera que el momento de la aplicación judicial debe servir como complemento a la función de prevención general propia de la conminación legal, siendo la imposición de la pena por el juez la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta expresada por la ley (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 100).

<sup>129</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*. op. cit. pág. 8 “Una función garantizadora sólo se puede hacer efectiva en la medida que la teoría del bien jurídico sea capaz de indicar qué y porqué se protege. Al revelarse el qué y el porqué de la punición, se abre, al mismo tiempo, la posibilidad de una revisión crítica de la norma sancionadora y de todo el ordenamiento penal en un doble proceso de desincriminación de ciertas conductas cuyo tratamiento penal ha perdido vigencia social y, por otra parte, la incriminación de otras conductas que dentro de la dinámica del proceso aparecen como nuevas formas de criminalidad necesitadas de tratamiento penal”.

<sup>130</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*. op. cit. pág. 8.

### 4.2.3. Función teleológica o dogmática.

La función teleológica o dogmática del bien jurídico es aquella que se emplea como criterio de interpretación de los tipos penales. MAURACH entiende que el bien jurídico es el núcleo material de toda norma de conducta y de todo tipo construido sobre ella, por lo tanto, la interpretación de la ley penal sin la directriz que le da la noción del bien jurídico, es simplemente imposible<sup>131</sup>. Desde esta perspectiva, la función teleológica constituye un elemento de interpretación que condiciona el sentido y alcance de las normas penales conforme a la finalidad de protección de un determinado bien jurídico<sup>132</sup>. Esta función resulta de gran transcendencia para el intérprete, pues con ella no se limita a la mera interpretación literal o exéctica de la ley penal, sino que su comprensión puede ir más allá alcanzando un análisis mucho más profundo acerca del significado de la misma. Por ejemplo, una conducta es antijurídica no solamente cuando la conducta realizada por el sujeto activo se encuadre en el tipo descrito en cada delito (antijuricidad formal), sino que además debe comprobarse que dicha conducta típica conlleve la lesión o peligro del interés tutelado por la norma penal (antijuricidad material)<sup>133</sup>, valoración que solo podrá darle el bien jurídico.

Cuando el legislador incrimina una conducta (acción u omisión) lo hace para transmitir a los ciudadanos cuál es la materia de lo mandado o prohibido, es decir, comunica cuales son las concretas formas de ataque al bien jurídico. La simple constatación de la contrariedad de la conducta con el ordenamiento jurídico no es suficiente para determinar la existencia de un injusto, siendo además necesario para ello que el comportamiento tenga el significado social desvalorativo que sólo le puede otorgar el bien jurídico<sup>134</sup>. Por ello, la función teleológica-dogmática del bien jurídico cumple el rol de constatar si la conducta típica tiene la suficiente idoneidad para afectar el bien jurídico protegido. El bien jurídico nos dice el contenido que debe tener una conducta para que sea considerada socialmente dañosa y capaz de producir un resultado (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico), a pesar de que se encuadre perfectamente en un tipo penal. Esto permite al intérprete apartar aquellas conductas que no expresan un verdadero ataque al bien jurídico, circunstancia que ocurre según la doctrina actual cuando: a) no se puede imputar la lesión de un bien jurídico a una conducta suficientemente peligrosa, b) por haber sido dispuesto y consentido un bien jurídico por su titular, c) por ser socialmente adecuada y d) por su insignificancia<sup>135</sup>.

<sup>131</sup> MAURACH, Reinhart; HEINZ GOSEEL, Karl; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. 7ª Edición alemana. Traducido por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires. Año 1994. Pág. 339.

<sup>132</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*. op. cit. pág. 7.

<sup>133</sup> La antijuricidad como acto de reprobación jurídica y distinguida desde un doble aspecto formal y material, procede de VON LISZT. Para este autor el acto es formalmente contrario al derecho, en tanto que es trasgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. El acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial). El acto contrario a derecho es un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad, protegidos por las normas jurídicas; por consiguiente, una lesión o riesgo de un bien jurídico (VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. op. cit. pág. 336).

<sup>134</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Imputación objetiva y principio de lesividad*, en: Cerezo Mir, José; Suárez Montes, Rodrigo; Beristain Ipiña, Antonio; Romeo Casabona, Carlos (Editores): *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Prof. Dr. Don Ángel Torío López. Editorial Comares. Granada. Año 1999. pág. 413.

<sup>135</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 165; FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*. op. cit. pág. 163; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho penal. Parte general*. 2ª Edición. Editorial Ediar. Buenos Aires. Año 2006. pág. 376.

#### 4.2.4. Función sistemática.

Por último tenemos a la función sistemática del bien jurídico, la cual cumple la tarea de servir como elemento de clasificación y jerarquización de los delitos dentro de la parte especial de los códigos penales<sup>136</sup>.

### 4.3. Concepto material de bien jurídico.

La evolución histórica del concepto de bien jurídico puede remontarse a FEUERBACH, a partir de su Tratado de Derecho penal de 1801, que lo jerarquizaba como “derecho subjetivo”. Sin embargo, el término bien jurídico fue forjado en la doctrina penal recién por BIRNBAUM en 1834, y desde ese entonces el avance científico del bien jurídico en la ciencia penal fue notable con el surgimiento de teorías propuestas por el positivismo jurídico a través de BINDING, por el positivismo naturalista de VON LISZT, el neokantismo de HONIG y SCHWINGE, el causalismo valorativo de MEZGER, y el finalismo de WELZEL. En las últimas décadas la teoría del bien jurídico ha dado un giro hacia la socialidad<sup>137</sup>, bajo la idea de que una teoría penal no se puede concebir sin el trasfondo de una teoría social. En consecuencia, esta corriente social ha proporcionado unos planteamientos teóricos que intentan nutrir a la dogmática penal de valores ontológicos, basados en que el Derecho penal debe partir “del ser”, es decir, de la realidad social y luego pasar por razonamientos político criminales y sociológicos<sup>138</sup>. Las tesis que apoyan el concepto material del bien jurídico desde un punto de vista social se han ido desarrollando en dos grandes categorías que son: las teorías constitucionales y las sociológicas.

#### 4.3.1. Teorías constitucionales.

La teoría constitucional del bien jurídico tuvo sus raíces en la reacción producida tras la Segunda Guerra Mundial a causa de la arbitrariedad del poder ejercido por las dictaduras europeas que vio la restauración del orden social devastado por la guerra, en la refundación del constitucionalismo amparado en el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho. Este hecho tuvo un gran impulso a través de la promulgación de la DUDH de 1948, cuyas intenciones fueron plasmadas en la Constitución italiana de 1948 y en mayor medida en la Constitución alemana de 1949, cuyo influjo ha sido sumamente significativo para las posteriores reformas penales<sup>139</sup>. El nuevo modelo de Estado adoptado por los países europeos causó importantes repercusiones para la teoría del Derecho penal, que pasó de tener un fundamento material del delito basado en la ley ética, a fijarse como meta la protección de la libertad y la seguridad social del individuo, así como en las condiciones de existencia de la sociedad. De esta forma, el presupuesto de cada sanción penal no surgía de la contravención de una norma ética-moral, sino de un daño a la sociedad no evitable de otro modo<sup>140</sup>. El surgimiento del Estado Social y Democrático de Derecho marcó una tendencia intervencionista del Estado que dio pie a un resurgimiento de la política criminal que legitimaba la actuación del Derecho penal como sistema de protección efectiva de los ciudadanos mediante la protección de los valores constitucionales.

En Italia la teoría constitucional del bien jurídico ha tenido adeptos desde principios del siglo XX de la mano de ARTURO ROCCO, quien en su obra titulada “El objeto del delito y de

<sup>136</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*. op. cit. pág. 7; ROXIN, Claus; TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*. Editorial Ariel. Barcelona. Año 1989. pág. 87; OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1999. pág. 41.

<sup>137</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*. op. cit. pág. 57.

<sup>138</sup> BALBUENA SOTO, Lorena Beatriz. *Origen y evolución del bien jurídico*. RJusP N° 5. Año 2009. pág. 62.

<sup>139</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*. op. cit. pág. 45.

<sup>140</sup> ROXIN, Claus. *Fundamentos políticos-criminales del Derecho penal*. op. cit. pág. 320.

la tutela jurídico penal” de 1913, sostenía que el concepto de bien jurídico debía de apoyarse sobre la idea de “valor”, que expresa de modo más adecuado a las exigencias éticas que se hallan (o habrían de hallarse) en la base de todo ordenamiento jurídico que merezca ese nombre. Definía el bien jurídico como todo valor de la vida humana protegido por el Derecho<sup>141</sup>. Pero fue BRICOLA el principal representante de esta teoría en dicho país y el primero en elaborar detalladamente un concepto de bien jurídico con carácter constitucional<sup>142</sup>. La idea del bien jurídico como valor ha sido abrazada por la doctrina italiana posterior para erigirla en un criterio apto para impedir riesgos de arbitrariedad por parte del legislador omnipotente al considerar a la Constitución como fundamento o, criterio de referencia, en la selección de aquello que puede establecerse legítimamente como delito<sup>143</sup>. CADOPPI y VENEZIANI nos ofrecen un ejemplo de este enfoque al decir que el art. 13 de la Constitución italiana ha elevado la “libertad” al rango de derecho inviolable del hombre y por eso el Derecho penal prevé sanciones –la pena– para proteger la libertad personal. Para que una persona pueda ser infligida con una pena debe haber ofendido un bien jurídico de “rango análogo” a la libertad personal. En efecto, si el bien ofendido fuera de rango inferior no habría proporcionalidad entre el daño producido por el delincuente y la pena impuesta por el ordenamiento por la comisión de aquel hecho<sup>144</sup>. De esta manera, la doctrina italiana contemporánea ha tomado en cuenta el marco constitucional legalmente establecido para determinar materialmente la noción de bien jurídico en estrecha relación a los valores consagrados y protegidos en la Constitución, que viene así a cumplir una función correctiva y limitante<sup>145</sup>.

Si bien la doctrina italiana mayoritaria se adhiere a la tesis de la identificación de bienes jurídicos con los valores constitucionales, existen autores que reconocen que dicha relación no debe ser interpretada literalmente y de manera estricta. ANTOLISEI reconoce que en las últimas décadas tanto en Italia como en otros países se ha insistido en la búsqueda de valores que se presumen existentes en la norma penal y que vinculan al legislador y a todo intérprete, que se reputan, por así decirlo, “juridizadas” por los principios consagrados en la Constitución, siendo ésta una pretensión demasiado obvia para que pueda ser puesta en duda. Sin embargo, el mismo autor es de la creencia de que no es aceptable que se considere a los valores constitucionales como bienes-intereses dentro de una especie de superobjetividad jurídica capaz de despojar de relevancia a comportamientos que realizan el hecho típico previsto por una norma incriminadora, pero que no son compatibles con los antedichos valores<sup>146</sup>. FIANDACA y MUSCO comparten este criterio indicando que la necesaria relevancia constitucional de los bienes objetos de tutela penal no debe ser entendida en sentido excesivamente literal, puesto que se puede extender legítimamente incluso a los bienes que encuentran un reconocimiento meramente implícito en la Constitución, y esto en doble sentido. Por un lado, puede suceder que varios bienes estén vinculados por un nexo funcional de tutela, de modo tal que la tutela prevista para un bien carente de relevancia constitucional explícita resulte encaminada a la salvaguardia de un bien expresamente contemplado en la Constitución. Por otro, existen bienes que, pese a no

<sup>141</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal. Parte general*. 5ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1999. pág. 318.

<sup>142</sup> CUESTA PASTOR, Pablo. *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*. Editorial Comares. Granada. Año 2002. pág. 9.

<sup>143</sup> FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Derecho penal. Parte general*. Traducción de Luis Fernando Niño. Editorial Temis. Bogotá. Año 2006. pág. 39. En ese sentido, PULITANO recalca que el legislador ordinario no es del todo libre en la selección de los intereses a ser protegidos mediante tutela penal, pudiendo solo hacerlo en relación a intereses o bienes jurídicos cuya tutela se relacione con principios sumamente importantes, es decir, con principios constitucionales (PULITANO, Domenico. *Diritto penale*. Torino. Año 2005. pág. 136).

<sup>144</sup> CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Elementi di diritto penale. Parte generale*. 2ª Edición. Editorial Cedam. Padova. Año 2004. pág. 88.

<sup>145</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*. op. cit. pág. 51.

<sup>146</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho penal. Parte general*. 8ª Edición. Editorial Temis. Bogotá. Año 1988. pág. 127.

ser mencionados en la Constitución, forman parte del sistema de valores que constituyen la base de la dimensión efectiva del ordenamiento constitucional<sup>147</sup>.

En Alemania la teoría constitucional fue primeramente propuesta por SAX, quien realzó la relación existente entre el ámbito constitucional y el penal. Este autor se basó en lo previsto en el art. I. III de la Constitución alemana que somete las decisiones valorativas de la ley fundamental a toda actividad estatal, en especial, las relacionadas con reacciones coercitivas y con ello, por supuesto, también el Derecho penal<sup>148</sup>. Posteriormente, ROXIN sigue este criterio constitucional sosteniendo que es correcto reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentre en los principios de la Constitución, por lo que un concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos plasmados en la Ley Fundamental, del Estado de derecho basado en la libertad del individuo a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. Define a los bienes jurídicos como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”. Este autor advierte que su concepto de bien jurídico es de tipo normativo, pero no estático, que se adapta dentro del marco de las finalidades constitucionales, y abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico<sup>149</sup>. RUDOLPHI parte de que en un Estado de Derecho se debe proteger la libertad personal y política de los ciudadanos y la moderación y juridicidad de todo el ejercicio del poder público. En esa idea, una norma penal se justifica cuando ella es necesaria para la protección y seguridad de las condiciones de vida de una sociedad estructurada sobre la base de la libertad de la persona y al mismo tiempo es entendida por todos como razonable. En consecuencia, afirma que la Constitución contiene las decisiones valorativas fundamentales para la elaboración de un concepto de bien jurídico previo a la legislación, pero al mismo tiempo obligatorio para ella, por lo que sólo pueden ser objeto de las amenazas penales aquellos comportamientos que lesionan o penen en peligro los presupuestos de una vida próspera, apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo<sup>150</sup>.

De todo lo expuesto se destacan algunos aspectos positivos de las teorías constitucionales del bien jurídico. En primer lugar, la adopción del marco constitucional como criterio de determinación de los bienes jurídicos ofrece un elemento delimitador en orden al sustrato material de los bienes jurídicos. El bien jurídico, al tener una directa referencia en la Constitución, deja de ser un simple interés jurídicamente protegido para convertirse en un objeto de protección de mayor especificidad al poseer un contenido concreto basado en los valores constitucionales relevantes<sup>151</sup>. En segundo lugar, en un Estado Social y Democrático de Derecho la Constitución viene a reflejar los valores más importantes de la sociedad a partir de la consagración del ser humano, su vida, personalidad, libertad e igualdad, todos ellos, como eje y fundamento del orden político. Los bienes jurídicos son valores que comprenden las relaciones más imprescindibles para el ser humano y la sociedad, siendo por lo tanto, realidades preexistentes a toda norma penal que son reconocidos por la Constitución y con efecto vinculante para el legislador, porque configuran bienes constitucionalmente relevantes. En tercer lugar, la consideración del bien jurídico como valor constitucional aporta un presupuesto material que incluye no sólo aquellos “bienes tradicionales” que se refieren directamente a las condiciones valiosas para la persona del ser humano como son la vida, la integridad física, la salud, etc, sino también a los bienes institucionales que taxativamente prescriben las constituciones. Entre ellas destacan aquellas instituciones públicas (por ejemplo, la función

<sup>147</sup> FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 41.

<sup>148</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*. op. cit. pág. 107.

<sup>149</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. págs. 55-57.

<sup>150</sup> RUDOLPHI, Hans Joachim. *Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*. op. cit. págs. 339-341.

<sup>151</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*. op. cit. pág. 52.

pública) que prestan servicios públicos a los ciudadanos en estricto cumplimiento de la función asistencial que le corresponde al Estado<sup>152</sup>.

Sin embargo, un sector de la doctrina ha criticado duramente a estas teorías porque no ve a la Constitución como una fuente material para la determinación de los bienes jurídicos a ser tutelados por el Derecho penal. La primera crítica radica en que no existe una coincidencia entre el sistema de valores constitucionales y el catálogo de los objetos de tutela penal. No todos los valores constitucionales son de por sí merecedores de tutela penal, ya que por el principio de subsidiariedad penal, muchos de ellos pueden ser protegidos eficazmente por otros ordenamientos jurídicos que no utilizan a la pena. Y a la inversa se puede decir lo mismo, existen algunos bienes supra-individuales, colectivos o difusos que se encuentran reconocidos y tutelados por el Derecho penal, y que a pasar de ello, en ciertas constituciones no se encuentran enunciados en el programa de valores constitucionales<sup>153</sup>. La segunda crítica refiere que si se entiende a los bienes jurídicos como valores constitucionales, nos encontraríamos ante un sistema cerrado delimitado por los propios contornos de la Constitución, lo que condicionaría al legislador su tarea de seleccionar y elevar bienes jurídicos a la categoría de bienes jurídicos penales solamente a aquellos valores a priori descritos en la Constitución. Al ser la Constitución un sistema cerrado, se le reprocha a estas teorías su incapacidad para satisfacer las nuevas exigencias que podrían aparecer en el futuro, especialmente las que son consecuencia de la globalización y de la continua evolución de la realidad social<sup>154</sup>. La tercera crítica estaría dada en la idea de que la Constitución y el ordenamiento jurídico penal cumplen funciones distintas. No se puede negar valor a esta crítica, ya que la Constitución tiene por fines primordiales regular la organización política de un Estado y establecer un catálogo de derechos fundamentales reconocidos a los seres humanos, que además los ampara frente al ejercicio del poder estatal<sup>155</sup>. En cambio, el Derecho penal cumple la función de prevenir las conductas que son consideradas lesivas para los bienes jurídicos más importantes para la sociedad y los conmina con penas, cualquiera que sea la distancia ideal entre el orden social existente y el modelo constitucionalmente preconfigurado<sup>156</sup>.

#### 4.3.2. Teorías sociológicas.

La teoría que defiende un concepto de bien jurídico como valor constitucional no ha podido sustentarse debido a que ha proporcionado conceptos que, generalmente, se caracterizan

<sup>152</sup> El concepto de bien jurídico basado en un criterio valor-constitucional permitiría la protección penal de instituciones que prestan servicios cuyo fin es posibilitar el bienestar social, siempre y cuando éstas sean condiciones necesarias para el libre desarrollo del individuo. Así, TERRADILLOS BASOCO afirma que en cuanto a las necesidades que nacen en una sociedad, compete al Derecho penal la defensa, frente a los ataques más graves, de las condiciones de satisfacción de las necesidades existenciales (TERRADILLOS BASOCO, Juan. *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal*. RFDUC N° 63. Año 1981. pág. 139).

<sup>153</sup> SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2000. pág. 47.

<sup>154</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Ministerio de Justicia. Madrid. Año 1993. pág. 14 “Aparte de las críticas recibidas por numerosos autores de que, con esta fórmula, se condena al desarrollo social a un indudable inmovilismo jurídico porque se cierra el sistema, impidiendo la potencial protección de bienes jurídicos ni expresa ni implícitamente reconocidos en la Constitución, o propiciando imposibles operaciones de absorción o incorporación de bienes jurídicos nuevos a otros ya reconocidos constitucionalmente para de esta forma permitir su tutela, se confía en la legitimidad de la propuesta considerando a la Constitución como paradigma de los valores considerados como más importantes en una sociedad dada, lo que implica el reconocimiento de la perfección del sistema como apto para producir una equiparación prácticamente matemática y la necesidad de mantener esos valores, presumiblemente preponderantes en una sociedad dada, inamovibles a lo largo del tiempo en cuanto difícilmente es transformable el marco constitucional”.

<sup>155</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1999. pág. 180.

<sup>156</sup> FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 42.

por su dudosa utilidad para convertirse en verdaderos criterios materiales de selección<sup>157</sup>. En consecuencia, y dentro de la misma corriente de interpretación social del bien jurídico derivada de la instauración del modelo del Estado Social y Democrático de Derecho, surgieron posiciones dogmáticas que ofrecían planteamientos alternativos de legitimación del Derecho penal apoyados en fundamentos sociológicos.

AMELUNG formuló una teoría que parte de la premisa de que en toda lesión de un bien jurídico existe un perjuicio para la sociedad que justifica la comprensión del delito como una conducta socialmente dañosa. El delito se entiende como un fenómeno disfuncional, vale decir, un fenómeno que dificulta al sistema social la superación de aquellos problemas que obstruyen su progreso<sup>158</sup>. La base de la dañosidad social estaría en la disconformidad de la conducta con el sistema social, y en ese razonamiento, el bien jurídico equivaldría lisa y llanamente a las condiciones de existencia de la vida social porque el perjuicio causado por el delito sólo se mide según el daño producido al sistema social<sup>159</sup>. Esta idea es la que más críticas ha recibido la teoría de AMELUNG, ya que no contempla a la persona individual como objeto en sí mismo de protección y víctima de la conducta ilícita, sino a la sociedad y su funcionamiento. Esta teoría no reconoce a los bienes jurídicos individuales, o en todo caso, la protección de los mismos estaría mediatizada; en tanto que el daño social al bien jurídico sería inmediato cuando se trate de perjuicios a prestaciones públicas fundamentales<sup>160</sup>. MIR PUIG ha prevenido de los peligros de esta postura, pues si se limita el *ius puniendi* del Estado a la sola idea de disfuncionalidad respecto de la estructura social, se tomarán en cuenta sólo las necesidades del conjunto social, descuidándose las del individuo, agregando que si se protegen los sistemas sociales, es sólo en cuanto ello supone la defensa del propio individuo<sup>161</sup>.

HASSEMER ha sido otro autor que ha tomado un criterio sociológico para fundamentar un concepto de bien jurídico, partiendo también de la dañosidad social como premisa base de su teoría. Sin embargo, su tesis ofrece rasgos distintos a la subordinación de lo individual a lo social y toma una postura según la cual el bien jurídico trasciende el sistema penal. En ese sentido, sostiene que hasta la fecha las teorías del bien jurídico han limitado el campo de sus reflexiones exclusivamente dentro de las categorías jurídico normativas descuidando la relación con la realidad. Por eso destaca que en el Derecho penal moderno, la protección de bienes jurídicos se ha convertido en un criterio positivo para justificar decisiones criminalizadoras, perdiendo el carácter de criterio negativo que tuvo originariamente<sup>162</sup>.

Cuando precisa el bien jurídico es categórico al esclarecer que no toda lesión de un “interés humano” (bien jurídico) exige una reacción mediante el Derecho penal, sino tan sólo

<sup>157</sup> PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *La influencia de las ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales*, en: Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfrid; Nieto Martín, Adán (Coordinadores): *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Editorial de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. Año 2003. pág. 99

<sup>158</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*. op. cit. pág. 96.

<sup>159</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*. op. cit. pág. 59.

<sup>160</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Sobre la teoría del bien jurídico*. op. cit. pág. 100.

<sup>161</sup> MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1976. pág. 138. En ese sentido sostiene SILVA SÁNCHEZ: “Como ha advertido cierta doctrina, la adopción de una perspectiva exclusivamente funcionalista puede anular de hecho la eficacia limitadora del concepto, pues, ciertamente, la protección de valores morales (o, incluso, como sucede en nuestros días, de determinadas estrategias políticas) puede ser estimada <funcional> en una determinada sociedad. En todo caso, la alusión exclusiva a la disfuncionalidad social encierra el peligro, de raíz totalitaria, de atender a las necesidades del conjunto social olvidando al individuo (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Editorial Bosch. Año 2002. pág. 269).

<sup>162</sup> HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año. 1999. pág. 47.

aquella que, además, presenta el carácter de ser socialmente dañosa, es decir, que en sus efectos lesivos va más allá del conflicto entre autor y víctima y del daño individual que esta última sufre<sup>163</sup>. Por ello propone un concepto de bien jurídico “personal” que se pronuncia claramente en el campo de tensión entre individuo, sociedad y Estado, delimitando el bien jurídico en torno a los intereses humanos que requieren protección penal, considerándose tales intereses aquellos bienes vitales imprescindibles para la vida en común de los individuos como la vida, la salud, la libertad o la propiedad<sup>164</sup>. Con esta postura personalista del bien jurídico, el citado autor acepta los bienes jurídicos colectivos siempre y cuando puedan funcionalizarse desde el individuo. Esta tendencia tuvo su origen en una propuesta de MARX conforme la cual, el punto de referencia fundamental y exclusivo para la constitución del bien jurídico ha de ser el individuo, la persona individual como titular de bienes jurídicos al que deben servir el Estado y el Derecho. Por lo tanto, los bienes jurídicos son entendidos por HASSEMER a partir de la persona y los bienes jurídicos colectivos o universales como derivados de aquellos, como bienes que, en consecuencia, sólo se tienen por legítimos en la medida en que sirvan al desarrollo personal del individuo<sup>165</sup>.

La teoría personalista de HASSEMER no se ha privado de críticas, en especial, frente a los modernos ámbitos de regulación normativa. La primera de ellas parte de que la teoría personalista sostiene que los bienes jurídicos colectivos o universales sólo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo. Esto llevaría a pensar que los bienes jurídicos colectivos no tendrían una entidad propia suficiente y que solamente existen porque se funcionalizan en favor de la persona individual. En efecto, esta teoría tropieza con la circunstancia de que existen muchos bienes jurídicos colectivos que poseen una entidad propia que es digna de protección penal y que no tienen un referente individual sino social, como los bienes jurídicos incardinados en el Derecho penal económico y en el medio ambiente. En cuanto a los primeros, ARROYO ZAPATERO manifiesta que el orden económico constitucional contiene normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, y ésta es la cantera a la que se acude normalmente para buscar la relevancia constitucional de los bienes jurídicos incardinados en el Derecho penal económico. En consecuencia, este autor reconoce la existencia de bienes jurídicos supraindividuales con referencia eminentemente individual, y aquellos de la misma categoría pero sin referente individual como es el ámbito de la competencia<sup>166</sup>.

En relación a los segundos, es conocido el criterio doctrinal que considera al medio ambiente como un bien jurídico autónomo y con entidad propia, y en ese sentido PALAZZO sostiene que el ambiente no puede ser considerado simplemente como un bien instrumental para la tutela de otros bienes finales como la salud humana en particular, sino que debe ser reconocida su dignidad de valor en sí<sup>167</sup>. Del mismo modo, ZAFFARONI reconoce la existencia de bienes jurídicos de sujetos no humanos y pre-personales. En relación a los primeros, tales

<sup>163</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Traducción por Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1984. pág. 38.

<sup>164</sup> HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. op. cit. pág. 282.

<sup>165</sup> MÜSSIG MUSSIG, Berd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal (sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema)*. RDPC N° 9. Año 2002. pág. 200.

<sup>166</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis. *Derecho penal económico y constitución*. RP N° 1. Año 1998. pág. 2. En este sentido, MUSCO afirma que los delitos societarios han sido considerados como pluriofensivos de una pluralidad de intereses de distinta naturaleza, ya sea macro o microeconómica, mezclados sin ningún criterio selectivo y que no pueden ser relacionados directamente con algún referente individual, siendo éstos la fé pública, la economía pública, el patrimonio social, los terceros acreedores y los futuros acreedores (MUSCO, Enzo. *La tutela penal societaria y la falsedad en el balance entre los límites normativos y las ambigüedades interpretativas*. RP N° 5. Año 2000. pág.55).

<sup>167</sup> PALAZZO, Francesco. *Principio fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia*. RP N° 4. Año 1999. pág. 69.



bienes jurídicos serían la preservación de la existencia y la conservación de la especie, lo que facilitaría el entendimiento de los tipos de ciertos delitos ecológicos<sup>168</sup>.

En segundo lugar, se reprocha a las tesis personalistas que ignora los profundos cambios sociales acontecidos en las últimas décadas y que intente combatir problemas sociales actuales con un instrumental propio del siglo XVIII, especialmente en lo referente al medio ambiente y la amenaza que significa su destrucción para la humanidad<sup>169</sup>. En tercer lugar, se critica que si se condicionan los bienes jurídicos colectivos a los intereses personales, se da por supuesta una relación jerárquica entre estos bienes jurídicos, creando el peligro de que se produzca lo que ha denominado MÜSSIG “una disolución tecnológico-social” del sujeto, por lo que la constitución de bienes jurídicos universales supondría la amenaza de una funcionalización de los intereses personales<sup>170</sup>. Esta perspectiva personal recorta la definición social del sujeto en la medida en que las esferas del individuo en la sociedad moderna no son perfiladas únicamente mediante interacciones directas, sino que se definen también por complejos sistemas sociales. La determinación de las esferas del sujeto a través de bienes clásicos altamente personalizados como la vida, salud e integridad corporal, resulta insuficiente, puesto que la constitución del sujeto en una sociedad moderna importa también delimitar las esferas del individuo precisamente frente a sistemas sociales complejos y su poder de definición o garantizar penalmente sus posibilidades de participación<sup>171</sup>.

Por último, CALLIES presenta una teoría que intenta integrar en una sola idea los aspectos de referencia individual y de dañosidad social, de manera que el objeto de protección jurídico penal debe necesariamente expresar las condiciones que hacen posible un libre desarrollo del individuo a través de su participación en la vida social<sup>172</sup>. Esta postura ha sido seguida por MIR PUIG en España. Este autor parte de la idea de que un Estado Social y Democrático de Derecho sólo debe amparar como bienes jurídicos aquellas condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social. Entiende por posibilidad de participación no sólo la posibilidad de incidencia activa en la vida colectiva, sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el respeto de la propia esfera de libertad particular por parte de los demás<sup>173</sup>. Esta postura es también compartida por SILVA SÁNCHEZ quien entiende como bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización, en la medida en que estén dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad. Considera que esta postura se encuentra perfectamente integrada en el esquema de los fines del Estado contemporáneo, ya que éste tiene como finalidad esencial la de garantizar a cada ciudadano la posibilidad de conducir su vida de modo autónomo, responsable y pleno; y no olvida que el individuo no es un ser aislado, sino que desarrolla su vida inmerso en una comunidad<sup>174</sup>.

<sup>168</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. 2ª Edición. Editorial Ediar. Buenos Aires. Año 2002. pág. 493.

<sup>169</sup> SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico*. op. cit. pág. 74. Al respecto señala STRATENWERTH que el medio ambiente no es un bien personal del hombre, ni siquiera en sus elementos particulares como tierra, aire y agua, y mucho menos lo es en los procesos, en los que él influye, como el clima, la evolución de las plantas y animales. Cualquier fundamentación antropocéntrica queda demasiado estrecha y aún si ella fuera posible, no derivaría de ello ningún punto de apoyo para la cuestión decisiva de cuáles son las injerencias en la naturaleza o cuál es la medida de tales injerencias que debe ser admitidas, o bien, en caso contrario, cuáles son las que deben ser excluidas, y, por ello, bajo ciertas circunstancias también sancionadas penalmente (STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Traducido por Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Editorial Thomson. Navarra. Año 2005. pág. 57).

<sup>170</sup> MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*. op. cit. pág. 201.

<sup>171</sup> MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*. op. cit. pág. 205.

<sup>172</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. op. cit. pág. 52.

<sup>173</sup> MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Editorial Ariel. Barcelona. Año 1994. pág. 37.

<sup>174</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. op. cit. pág. 271.

### 4.3.3. Opinión personal sobre el concepto material de bien jurídico.

Las posturas constitucionales y sociológicas han posibilitado con sus concepciones un gran avance en el desarrollo dogmático del concepto material del bien jurídico. Sin embargo, no han sido capaces de aportar un concepto que abarque las diversas relaciones en las que participa el individuo dentro del sistema social y que a la vez constituya un verdadero límite al legislador en cuanto a su función creadora de normas penales. Las primeras, porque es claro que el cometido de la Constitución no es la solución de los problemas sociales, y la coincidencia “bienes jurídicos-valores constitucionales” trae muchos problemas en tanto la Constitución contiene un sistema cerrado de valores y resulta un instrumento ineficaz para hacer frente a los nuevos conflictos sociales que surgen de la evolución social y la globalización, cuya protección penal son necesarios para el mantenimiento del sistema social. En cuanto a las segundas, hemos visto que presentan posturas completamente antagónicas que propugnan un referente basado exclusivamente en la dañosidad del sistema social, y otras que contienen un referente personalista basado exclusivamente en el individuo, a cuyo beneficio el sistema social debe establecerse.

Para construir un concepto material de bien jurídico penal que se adecue a los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho tal cual adopta la CNP en su art. 1, se debe precisar primeramente cuál es la función que tiene el Derecho penal en este modelo de Estado. Sin lugar a dudas, el ordenamiento jurídico penal cumple un rol transcendental como instrumento de control social ante los graves conflictos que se suceden en el sistema social, conminando con penas aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro las condiciones más importantes para el hombre y la sociedad. Estas condiciones son consustanciales a la dignidad del hombre, siendo realidades anteriores a la constitución misma del Estado que son valoradas y reconocidas por el legislador como objetos dignos de protección penal. Desde esta óptica se comparte la idea de LISZT de que el bien jurídico no tiene una raíz jurídica, debiendo tener necesariamente un basamento empírico en la realidad social de un determinado pueblo y en un momento histórico dado. La realidad social nos ofrece una visión dinámica de los diversos tipos de relaciones que el individuo posee dentro de una sociedad, diferenciándose aquellas que no sólo repercuten en su desenvolvimiento personal, sino también desde el punto de vista social derivadas de su interacción con otros seres humanos, el medio ambiente o el mismo Estado.

El concepto de bien jurídico debe construirse a partir de una perspectiva que abarque los aspectos individual y social sin caer en el error de dar un referente exclusivo a uno de los dos, ya que la interacción social del hombre gira en torno a dicho ámbitos. LUZÓN PEÑA comparte este punto de vista, afirmando que lo correcto sería formular un concepto amplio y general que no se sostenga unilateralmente en una sola perspectiva, y en ese sentido, define al bien jurídico como aquellas condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad. Estas condiciones pueden consistir en objetos materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ellos dignos de protección jurídica; y por otra parte, pertenecen a un titular concreto, bien la persona, o bien la sociedad colectividad cuando se trata de condiciones que afectan el desarrollo de la vida del conjunto de ciudadanos<sup>175</sup>. SILVA SÁNCHEZ encuentra en esta combinación de los aspectos que afectan a los individuos y de repercusión social dañosa un criterio factible para proceder como primer ámbito de delimitación de conductas contra el que debe intervenir el Derecho penal, permitiendo excluir con ella la punición de los hechos meramente inmorales, así como la protección penal de otros valores, funciones o estrategias político-sociales. Además, este autor da méritos a esta postura porque es evidente que su concepción no excluye la protección penal

---

<sup>175</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Editorial Universitas. Madrid. Año 1996. pág. 327.

de los llamados bienes supraindividuales, en la medida en que ellos también constituyen medios importantes para la autorrealización social del individuo<sup>176</sup>.

Una vez acreditada la importancia del bien, es importante conectar dicha valoración con el requisito de la necesidad de protección penal, el cual se proyecta en los principios garantísticos de fragmentariedad e intervención mínima. En relación a ellos MIR PUIG afirma que no basta que un bien posea suficiente importancia social para que deba protegerse penalmente, siendo preciso que se constaten empíricamente formas especialmente peligrosas que atenten contra el bien, y que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos<sup>177</sup>. Estos dos momentos valorativos que hemos citado y explicado (selección del contenido material del bien jurídico y la necesidad de protección penal) deben constituir criterios de decisión a ser tenidos en cuenta por el legislador al momento de elevar un bien a la categoría de bien jurídico penal, por lo que juegan un papel preponderante como límites al *ius puniendi* estatal<sup>178</sup>.

Este criterio debe ser acompañado de un elemento corregidor para que su contenido sea adecuado al marco establecido en un Estado Social y Democrático de Derecho, y éste no puede ser otro que la Constitución. Esto es así porque la ley suprema de un país marca un modelo de sistema social que aspira a llegar, y en este sentido justifica la tarea correctora al reconocer implícitamente que ese sistema social no coincide con el realmente vivido. Por eso cada norma fundamental establece un catálogo de derechos que intervienen activamente en la transformación de la sociedad y que al mismo tiempo sirven de límite a la actuación estatal, y que en el ámbito de creación de normas penales constituye un marco de contención para el legislador dentro del cual puede y debe moverse según crea conveniente<sup>179</sup>. En este orden de ideas, MÉNDEZ RODRÍGUEZ nos dice que la Constitución al regular determinadas relaciones sociales y conflictos sociales lo ha saldado ya de una determinada manera, y estos son límites que el Derecho penal no puede sobrepasar ni en sus formulaciones en sentido estricto, ni, en lo que es mucho más importante, en la interpretación que de las normas penales se haga, interpretación que debe efectuarse siempre en conformidad con la Constitución. Llegado a este punto, la citada autora se pregunta acerca de la función que tiene la constitución con relación al bien jurídico, y concluye que la norma fundamental no impone al legislador con carácter positivo la tutela de tal o cual bien jurídico, ni tampoco su contenido, pero sí se constituye en un criterio de delimitación negativo a la hora de consagrar jurídicamente la solución de un conflicto social, y así mismo, en criterio de interpretación en relación al alcance del bien jurídico una vez que éste ha sido elevado a la regulación positiva<sup>180</sup>.

La Constitución constituye un instrumento axiológico de gran utilidad para la consagración del bien jurídico penal, porque en ella se establecen las bases del sistema social que aspira un determinado Estado, que no sólo contiene aquellos intereses que son directamente referenciados al ser humano, sino también prevé aquellos que son derivados del contexto social –como son los bienes supraindividuales–, y que en nuestra sociedad dinámica actual poseen la suficiente relevancia para merecer protección penal. Estos intereses, relaciones o condiciones parten de la realidad social, es decir, de los derechos fundamentales del hombre y su interacción social, que luego son dados a conocer al legislador por los propios ciudadanos a través del proceso democrático. En ese sentido SILVA SÁNCHEZ manifiesta: “la exigencia de una consagración constitucional, directa o indirecta, de los bienes penalmente protegibles me parece, pues, plenamente justificada, en la medida en que pone de relieve que una intervención tan

<sup>176</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. op. cit. pág. 272.

<sup>177</sup> MIR PUIG, Santiago. *El bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi*. op. cit. pág. 214.

<sup>178</sup> CUESTA PASTOR, Pablo. *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*. op. cit. pág. 18.

<sup>179</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Derecho penal y teoría de la democracia*. op. cit. pág. 12.

<sup>180</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. op. cit. págs. 26 y 27.

intensa sobre el individuo como la penal sólo puede justificarse en caso de afectación de un elemento esencial de la vida en común, al que ha alcanzado el consenso plasmado en la Constitución”<sup>181</sup>.

En base a todo lo expuesto hasta aquí, podemos dar nuestro concepto material de bien jurídico. Así, los bienes jurídicos “son aquellas relaciones o condiciones valiosas que tienen su base y fundamento en la realidad social, y que constituyen elementos imprescindibles para el desarrollo particular del ser humano y para el correcto funcionamiento de la sociedad misma”.

#### **4.4. La función pública como bien jurídico y su necesidad de protección penal.**

Todo país que adopta el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho posee un ordenamiento jurídico que se sustenta en una Constitución, la cual prescribe los derechos fundamentales adscritos a los individuos que se encuentran en su territorio. Para FERRAJOLI los “derechos fundamentales” son aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y entiende por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica<sup>182</sup>.

En efecto, las constituciones reconocen a los ciudadanos una serie de expectativas a ser tuteladas derivadas de su dignidad como personas, siendo alguna de éstas la vida, la libertad, la igualdad, la salud, los derechos políticos y civiles. Sin embargo, una expectativa reconocida constitucionalmente no podría ser considerada un verdadero derecho sin que la misma esté provista de garantías<sup>183</sup>. En ese sentido, el art. 4 de la CNP reconoce el derecho a la vida como condición inherente a la persona humana, pero asimismo, garantiza su protección en general desde la concepción, siendo el Estado el titular de esta obligación. Es por eso que las garantías se conforman por las instituciones y los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico, mediante los cuales se aseguran los derechos reconocidos y el respeto a las normas consagradas en la norma fundamental<sup>184</sup>.

El Estado, como garante de los derechos subjetivos, establece un sistema organizado de instituciones públicas que tienen la función de hacer efectivas las expectativas de los ciudadanos, entre las que se encuentran la satisfacción de los derechos sociales y las prestaciones públicas positivas. En relación a estas últimas, la CNP impone al Estado su cumplimiento y disposición en varios preceptos. El art. 176 expresa que la política económica tendrá como fines la promoción del desarrollo económico, social y cultural, teniendo el Estado la obligación, mediante la utilización racional de los recursos disponibles, de impulsar el crecimiento ordenado y sostenido de la economía, la creación de nuevas fuentes de trabajo y de riqueza, como así también, el acrecentamiento del patrimonio nacional y el aseguramiento del bienestar general de la población. El art. 177 refiere que los planes nacionales de desarrollo serán indicativos para el sector privado y de cumplimiento obligatorio para el sector público. Se infiere de estos preceptos que la consecución material del bienestar general de la población es una obligación exclusiva de los poderes públicos y de sus respectivos organismos, y por ello se crea la función pública para proveer las prestaciones materiales necesarias para lograr el libre desarrollo de los individuos y la sociedad.

<sup>181</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. op. cit. pág. 274.

<sup>182</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Editorial Trotta. Año 2009. pág. 37.

<sup>183</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. op. cit. pág. 59.

<sup>184</sup> Para hacer efectivos los derechos consagrados a los ciudadanos, la CNP en los Arts. 131 al 135 establece un conjunto de garantías a ser reglamentadas por la ley, las cuales son la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y resoluciones judiciales, el Hábeas corpus, el recurso de amparo y la acción del Hábeas data.

La función pública está estrechamente ligada a la soberanía estatal, pues en su ejercicio pueden distinguirse claramente las distintas actividades o funciones que constitucionalmente son atribuidas a los poderes del Estado<sup>185</sup>, que ejecutadas materialmente corresponden los servicios públicos dirigidos a la comunidad. La función pública tiene a su cargo la organización de los servicios públicos y la tarea de proporcionar los elementos necesarios para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, y para el efectivo cumplimiento de estos fines la CNP otorga legitimidad al Estado para crear las distintas clases de impuestos, tasas, contribuciones y demás recursos, para que con ellos pueda organizar la explotación de los servicios públicos<sup>186</sup>.

Pues bien, considerar a la función pública bien jurídico digno de protección penal no es tarea difícil. Su importancia se justifica no sólo por el hecho de que esté prevista y regulada en la Constitución, sino también por el papel destacado que cumple en la realidad social como institución encargada de proporcionar los medios materiales que posibilitan el desarrollo personal y social de los individuos de un Estado. Por eso es entendida como un bien jurídico supraindividual que tiene expresa referencia en las personas y grupos sociales a quienes beneficia. Ante esta realidad no puede parecer extraño que el Derecho penal deba intervenir en la protección de esta institución de titularidad social, lo que realmente sería anómalo según QUINTERO OLIVARES, es que no lo hiciera<sup>187</sup>. Un autor que destaca la importancia que tienen las instituciones públicas como bienes dignos de protección es ROXIN, sosteniendo que el Estado debe garantizar penalmente no sólo las condiciones individuales necesarias para la convivencia, sino también las instituciones estatales que sean imprescindibles a tal fin. Reconoce que en el Estado moderno, junto a la protección de bienes jurídicos previamente dados, aparece la necesidad de asegurar, si es necesario con los medios del Derecho penal, el cumplimiento de las prestaciones públicas de las que depende el individuo en el marco de la asistencia social por parte del Estado. Mediante esta doble función, el Derecho penal realiza una de las más importantes de las numerosas tareas del Estado, ya que sólo la protección de los bienes jurídicos constitutivos de la sociedad y la garantía de las prestaciones públicas necesarias para la existencia permiten al ciudadano el libre desarrollo de su personalidad<sup>188</sup>.

Pero, la postura que más favorece a la necesidad de protección penal de instituciones públicas como la función pública es la mantenida por TERRADILLOS, que parte del concepto de “necesidad humana” como criterio básico para determinar si una determinada relación social, entendida como bien jurídico, merece o no protección penal. Este autor parte de las ideas de HELLER, que en todo Estado de Derecho, la realización de la democracia presupone participación, pero participación no sólo en el proceso político, sino también en el económico y en el cultural. La promoción de este tipo de participación que conforma la democracia plena, se vincula con las posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas<sup>189</sup>. Todo aquello que una persona pueda tener necesidad ha de ser considerado como un bien, en tanto merezca estimación positiva en el plano objetivo del ordenamiento jurídico. Además, afirma que la satisfacción de necesidades permite considerar como objeto de protección a las prestaciones públicas esenciales que Roxin se ve obligado a incluir como bienes dignos de tutela. En

---

<sup>185</sup> Correcta es la aclaración que realiza OCTAVIO DE TOLEDO en cuanto a que tales actividades no deben ser entendidas como emanación de tres centros diferentes de poder que se equilibran y son interdependientes, sino como emanación de una entidad superior única, el Estado, y, por lo tanto, como actividad única, la Función Pública, mecánicamente articulada para su desarrollo a través de tres coordinadas funciones (OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. Editorial Civitas. Madrid. Año 1980. pág. 299).

<sup>186</sup> Art. 178 de la CNP.

<sup>187</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Delitos contra intereses generales o derechos sociales*. RFDUC Nº 6. Año 1983. pág. 571.

<sup>188</sup> ROXIN, Claus. *Problemas básicos del Derecho penal*. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña. Editorial Reus. Madrid. Año 1976. pág. 21.

<sup>189</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan. *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal*. op. cit. pág. 136.

consecuencia, esta tesis permite considerar a la función pública como un bien jurídico, ya que es una institución eminentemente prestadora de servicios públicos que satisfacen necesidades, y por ende, amerita su protección por parte del Derecho penal.

TERRADILLOS sostiene que el concepto de necesidad es especialmente apto para ser la base de un discurso racional, y en consecuencia –siguiendo a Heller–, establece tres clases de necesidades: a) las existenciales, que se refieren a aquellas necesidades constantes y universales que marcan el mínimo vital para el hombre, b) las propiamente humanas, que constituyen deseos o aspiraciones hacia un cierto objeto en los que el impulso natural no desempeña ningún papel y c) las radicales, que nacen en la sociedad basadas en relaciones de subordinación, pero que no pueden ser satisfechas en una sociedad semejante. La satisfacción de estas necesidades sólo es posible a través de la superación de esa sociedad concreta. Una vez descritos los distintos tipos de necesidades, afirma que, en principio, compete al Derecho penal mediante mandatos o prohibiciones la protección de las condiciones de satisfacción de las necesidades existenciales<sup>190</sup>. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL mencionan que la satisfacción de necesidades humanas asociada a la protección de un bien jurídico coloca a la persona en el centro de la protección penal, siendo las necesidades asociadas al instinto de autoconservación y al mantenimiento de la vida humana, la base y condición para la satisfacción de las demás necesidades. En las necesidades existenciales aparecen los bienes jurídicos que son la base del sistema social como la libertad, la vida, la salud, y es en función de estos bienes jurídicos que surgen otros de carácter colectivo<sup>191</sup>.

Si se sigue los planteamientos de TERRADILLOS acerca de considerar a los bienes jurídicos como aquellas condiciones que posibilitan la satisfacción de las necesidades humanas, ¿no sería menester también proteger a aquellas instituciones públicas que se han creado con el único fin de cumplir estos cometidos? Las constituciones reconocen un conjunto de derechos fundamentales, de los cuales muchos se corresponden con claras necesidades existenciales del individuo y la sociedad, cuya satisfacción viene impuesta al Estado quien asume la obligación de garantizarlos mediante la creación de las instituciones públicas encargadas para tales efectos. Esto concuerda con el mandato previsto en la CNP en los arts.176 y 177, que subordina el aseguramiento del bienestar general al sector público, no sólo mediante la satisfacción de las necesidades existenciales de los ciudadanos, sino también a través del impulso del desarrollo económico, social y cultural del país; objetivos que no se podrán alcanzar sin la debida adopción de un sistema de medidas preventivas, entre las que debe destacarse las de carácter penal que neutralicen las conductas graves que impidan el correcto desempeño de la función pública.

El importante rol que cumple la función pública como organismo encargado de realizar las actividades de prestación de servicios que hacen efectivos los derechos fundamentales de los ciudadanos, hace que no se pueda discutir su condición de bien jurídico supraindividual digno de ser protegido por el Derecho penal. Comparte este razonamiento OCTAVIO DE TOLEDO, estimando que la función pública, entendida ésta en cuanto actividades que desarrolla el Estado para el cumplimiento de sus fines, adquiere una especificidad propia que le hace digna de ser estimada como objeto de protección autónomo, sin necesidad de establecer como inmediato objeto jurídico de los delitos de funcionarios al Estado<sup>192</sup>. En consecuencia, nos parece justo y necesario que los Estados dediquen en sus códigos penales un título referido a los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas, o con otra terminología análoga si es preferido, siempre que contemplen comportamientos que atenten los valores que fundamentan la actividad del Estado en cuanto a su función de garante del bienestar general.

---

<sup>190</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan. *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal*. op. cit. págs. 137-139.

<sup>191</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho penal*. op. cit. pág. 61.

<sup>192</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. op cit. idem pág.

#### 4.5. Aspecto tutelado del bien jurídico por los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas.

El legislador penal paraguayo ha agrupado en el Capítulo III del Título VIII del CPPyo bajo la rúbrica “hechos punibles contra el ejercicio de las funciones públicas”, una serie de delitos que tienen como denominador común (en casi todos como se verá más adelante) que su sujeto activo es un funcionario público. La razón de esta decisión político criminal es la protección de la función pública tanto de los ataques mas graves producidos por la desviación dolosa de los deberes legales de sus propios miembros (los funcionarios públicos) en el ejercicio de sus funciones, como también de comportamientos externos o conectados con éstos, y con ellos evitar la lesión o deterioro de la organización funcional<sup>193</sup>.

A continuación corresponde determinar cuál es el aspecto de la función pública cuya lesión o puesta en peligro se pretende evitar con la incriminación de estos hechos punibles. Para ello haremos un análisis de las distintas posturas que la doctrina ha desarrollado y propuesto al respecto.

##### 4.5.1. Abuso del poder.

La tesis del abuso de poder parte del presupuesto de la no existencia de un bien jurídico común en todos los delitos contra la función pública. En la doctrina italiana, STORTONI dice que en estos tipos penales se lesionan diversos bienes jurídicos, respecto de los cuales el abuso tiene un marcado carácter instrumental. Ello hace que unos autores individualicen el bien jurídico protegido en los intereses individuales o colectivos lesionados por la conducta criminal, y que otros afirmen que todos los tipos de abuso de poder ofenden el interés del Estado en el legal desempeño de las funciones públicas. Estas visiones serían parciales, pues lo que hay que tener en cuenta es que el abuso de poder constituye un medio típico que implica una lesión al bien de la legalidad, lesión añadida a la propia del delito, lo que no impide que, en ocasiones, el propio abuso pueda ser objeto principal de la tutela penal<sup>194</sup>.

En Alemania, WELZEL menciona que la esencia de los delitos de funcionarios consiste en que estos hechos punibles son cometidos abusando del poder público como lesión del deber propio del cargo<sup>195</sup>. ARTZ sostiene que en los distintos tipos penales que comprenden los “*Amtsdelikte*”, se evidencian tres directrices esenciales para la elaboración de los bienes jurídicos. En primer lugar, habla de la protección del Estado: éste confiere con el cargo poderes, autoridad, por lo que resulta inmediatamente ofendido a través del abuso del cargo. En segundo lugar, menciona la protección de la colectividad: el abuso del cargo ofende, al mismo tiempo, a la colectividad, porque la autoridad que existe en el cargo sólo es soportable si funcionan los aseguramientos frente al abuso de autoridad. El portador del cargo que abusa de su autoridad en un caso concreto quebranta de una manera que excede al caso particular esta confianza en una administración suficientemente controlada. Finalmente, la autoridad del tenedor del cargo hace que sea necesaria la protección del ciudadano. Esto hace que los portadores del cargo sean

---

<sup>193</sup> En lo que se refiere a derecho comparado, en España comparten la opinión de que el bien jurídico común a todas las figuras delictivas contenidas en el Título XIX “Delitos contra la Administración Pública” del CPE es la función pública: RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *El delito de cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*. Editorial Aranzadi. Pamplona. Año 1999. pág. 37; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1997. pág. 22; MORALES GARCÍA, Oscar. *Los delitos de malversación: apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*. Editorial Aranzadi. Pamplona. Año 1999. pág. 70.

<sup>194</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. op. cit. pág. 217.

<sup>195</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*. 2ª Edición. Editorial Akal. Madrid. Año 1994. pág. 446.

autores especialmente peligrosos; de un lado, porque sólo se les puede evitar con mucha dificultad, y, de otro, por la confianza de la que ellos gozan<sup>196</sup>.

En España, RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ señalan como peculiaridad de estos delitos un abuso de poder en relación con el bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Agrega además, que cuando la infracción del funcionario se considere que no es de índole puramente interna, debe ser radiada o no admitida en el Derecho penal. Es decir, allí donde no hay abuso de poder que la administración confiere al funcionario debe intervenir solamente el Derecho disciplinario para traerle al cumplimiento de sus obligaciones<sup>197</sup>. Otros autores que siguen esta tesis son PACHECO, que al comentar el CPE de 1848 fundamentaba la existencia de estos delitos en el posible abuso que pudieran cometer los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones<sup>198</sup>, y GROIZARD insistió en la idea del abuso de poder como elemento común en los delitos cometidos por funcionarios públicos, y como consecuencia derivada de dicha conducta, el desprestigio de las leyes y las autoridades<sup>199</sup>.

Esta tesis ha sido atacada de insatisfactoria desde los siguientes puntos de vista. Argumenta OCTAVIO DE TOLEDO que si bien esta teoría resalta un hecho que no puede ser negado, que es la ostentación de poder que poseen los funcionarios públicos, esto es, el poder público y el abuso que de él se hace al cometer las conductas descritas en los delitos de funcionarios; sin embargo, presenta defectos por su amplitud y su falta de aprehensibilidad a la hora de manejarla en la práctica. Pone como ejemplo el delito de detención ilegal cometido por un funcionario público, en el que se puede observar un abuso de poder, pero señala que por más que el sujeto activo sea un funcionario público, el bien jurídico protegido no es la función pública sino un derecho individual constitucionalmente reconocido que es la libertad personal<sup>200</sup>. Por otra parte, SAINZ DE ROBLES critica la postura del abuso del poder manifestando que el abuso es una característica de la cualidad del funcionario público y dentro de los delitos contra la función pública existen tipos penales que pueden ser cometidos por particulares que no tienen a su disposición medios y facultades necesarios para el ejercicio del cargo público, por lo que no se puede abusar de un poder del que se carece<sup>201</sup>.

#### 4.5.2. Infracción de los deberes del cargo.

La tesis que parte de que el objeto de protección de los delitos en estudio son los deberes legales del funcionario público, es la más aceptada en la doctrina alemana. Las tesis dominantes veían a los delitos del cargo como lesiones de los especiales deberes que obligan a los funcionarios frente al Estado, haciéndose referencia a un deber subjetivo que nace de la especial relación Estado-funcionario y que es quebrantado por éste, suponiendo tal quebranto una infidelidad y traición a la confianza que el Estado u otro ente público le ha otorgado<sup>202</sup>. Esta postura centra la esencia de los delitos de funcionario en la perturbación del normal y deseable

<sup>196</sup> VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*. Editorial Comares. Granada. Año 2003. pág. 60.

<sup>197</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal español. Parte especial*. 17ª Edición. Editorial Dykinson. Madrid. Año 1994. pág. 1131.

<sup>198</sup> PACHECO, Joaquín Francisco. *El código penal. Concordado y comentado*. Tomo II. 6ª Edición. Madrid. Año 1888. pág. 394.

<sup>199</sup> GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro. *El código penal de 1870. Concordado y comentado*. Tomo IV. 2ª Edición. Madrid. Año 1912. Pág. 92.

<sup>200</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. op. cit. pág. 223.

<sup>201</sup> VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*. op. cit. pág. 95.

<sup>202</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. op. cit. págs. 224 y sigtes; OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. op. cit. pág. 80; RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *El delito de cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*. op. cit. pág. 27.



estado de cosas que todos los ciudadanos depositan para la protección y satisfacción de sus intereses comunes, y en el funcionamiento objetivo y conforme a deber de la administración.

La teoría de la infracción de los deberes del cargo ha sido especialmente desarrollada en Alemania por ROXIN, pero manteniendo un punto de vista opuesto respecto al bien jurídico. Comparte el criterio de que en los delitos de cargo, el fundamento de la pena reside en la lesión del bien jurídico, pero entiende que para la fundamentación de la autoría en estos delitos la referencia al bien jurídico no aporta nada, mientras que resulta decisiva a este respecto la lesión del deber<sup>203</sup>. Sostiene que no es la condición de funcionario lo que convierte a un sujeto en autor; más bien es el deber específico del sujeto a comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría<sup>204</sup>. Aclara que no es la vulneración del deber surgido de la norma penal lo que desencadena la sanción prevista en el tipo, puesto que este deber existe en todo delito. El elemento que decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo<sup>205</sup>. Pero en cuanto al bien jurídico, ROXIN ha dejado claro, respondiendo a una crítica de Lange hacia su teoría, que la infracción de deber sólo aporta un criterio de autoría y no el fundamento de la punición, que también en los delitos de infracción de deber consiste en una lesión del bien jurídico<sup>206</sup>. En España esta teoría fue seguida por JASO. Este autor, haciendo una interpretación del Título VII del libro II del CPE de 1944 que traía por rúbrica “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, decía que lo que daba unidad a estos delitos es la infracción del deber, y sólo en segundo término, bien para establecer formas agravadas, o bien para configurar ciertas especies delictivas, se debía tomar en cuenta las especiales lesiones de los bienes jurídicos que aquellas conductas contrarias al deber llevaban consigo. Entendía que los delitos de funcionarios suponen conductas contrarias al deber de servicio que les impone la obligación de colaborar en la obra del Estado cumpliendo y haciendo cumplir las normas jurídicas<sup>207</sup>.

Esta tesis ha sido duramente criticada desde varios puntos de vista. Ha recibido la misma crítica que hemos apuntado a la tesis del abuso del poder de que los delitos de cargo pueden ser cometidos por personas que no tienen la condición de funcionarios públicos, por lo que en esos casos no existe un quebrantamiento de deberes legales derivados de una relación funcional con el Estado, como por ejemplo, en la comisión del delito de cohecho por particulares. BETTIOL por su parte menciona que la tesis de los delitos de cargo no tiene por contenido la lesión de un bien jurídico como factor decisivo a los fines de determinar la antijuridicidad del hecho, sino la violación de un deber hacia el Estado<sup>208</sup>. Un planteamiento de esta naturaleza expresaría una concepción de tintes autoritarios que no tiene en cuenta la autentica relación relevante para el Derecho penal, cual es la relación entre el Estado y los ciudadanos y no la relación entre los funcionarios y el Estado<sup>209</sup>. La creación de tipos penales carentes de un auténtico contenido de antijuridicidad, es decir, que sólo se legitimen por la desviación de un deber legal y no por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, se considera inviable en un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, es más, si se reconociera esta concepción se estaría aceptando un ordenamiento penal idéntico al impuesto en el Estado nacional socialista de la Alemania nazi.

<sup>203</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. op. cit. pág. 228.

<sup>204</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. 7ª Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2000. pág. 386.

<sup>205</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. op. cit. pág. 387.

<sup>206</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. op. cit. pág. 742, cita Nº 537. Sobre lo mismo, Vid: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales*. Editorial BdeF. Buenos Aires. Año 2006. pág. 130.

<sup>207</sup> JASO ROLDAN, Tomás. *Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*, en: Rodríguez Muñoz, J.A.; Jaso Roldán, Tomás; Rodríguez Devesa, J.M. (Editores): *Derecho penal. Parte especial*. Tomo II. Madrid. Año 1949. pág. 192.

<sup>208</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. op. cit. pág. 234.

<sup>209</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. op. cit. pág. 82.

OCTAVIO DE TOLEDO critica también la tesis de la infracción del deber del cargo como contenido de la antijuricidad de los delitos de funcionarios públicos, en atención a que ésta supone una visión del funcionario como individuo actuante exclusivamente en interés del Estado, olvidándose que la actuación del ente estatal se despliega en beneficio de los ciudadanos, de la sociedad, a la que no representa, sino que sirve<sup>210</sup>. Por su parte ASUA BATARRITA sostiene que las referencias a la deslealtad e infidelidad del funcionario para con el Estado o la administración resultan demasiado ambiguas si no se conectan a lo que constituye la legitimación de las instituciones democráticas. Para esta autora la infracción del deber de funcionario será relevante a efectos penales únicamente si afecta a las expectativas legítimas de los ciudadanos en su relación con la administración, sea porque impide o obstaculiza el ejercicio de un derecho concreto, sea porque pone en serio peligro las posibilidades de acceso y participación en el disfrute de los servicios o desarrollo de actividades que las instituciones debe garantizar, o en su caso promover<sup>211</sup>.

El rol del funcionario público se caracteriza por estar construido en base a unas determinadas expectativas relativas a la posición que ocupa dentro de la sociedad y dirigidas especialmente al desempeño de su cargo. Esto es así porque la función pública se caracteriza por ser una institución al servicio de la comunidad, y para ese fin, cuenta con una organización burocrática que se encarga de prestar los actos materiales que satisfacen las necesidades públicas, de acuerdo a lo previsto en el art. 101 de la CNP. Si bien estos deberes surgen de la relación que el funcionario tiene con la función pública como parte del Estado, su infracción o desviación no puede considerarse por sí misma contenido suficiente para constituir un criterio de antijuricidad material que justifique la creación de una norma penal<sup>212</sup>, debiendo trasladarse las meras infracciones de deber de carácter “interno” al ámbito administrativo-disciplinario<sup>213</sup>. Sin embargo, aunque se insista en que la infracción de un deber legal no puede considerarse un auténtico contenido de antijuricidad que legitime los delitos de funcionarios públicos, se admite que es un rasgo común que caracteriza la autoría de los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas.

#### 4.5.3. El prestigio y la confianza general en la función pública.

Comenta OCTAVIO DE TOLEDO que la mayor parte de la doctrina italiana al interpretar los “delitti de pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione” prefiere optar por centrar el objeto de protección en la administración pública entendida de forma global, considerando al prestigio y decoro de la administración pública como bien jurídico protegido de estos delitos<sup>214</sup>. Al respecto, MANZINI entiende que el objeto genérico de tutela es el prestigio de la administración pública en sentido amplio, es decir, en la probidad, el desinterés, la capacidad, la competencia, la fidelidad, la seguridad, la libertad, el decoro funcional y al respeto debido a la voluntad del Estado en relación a determinados actos o relaciones de la

<sup>210</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. op. cit. pág. 243.

<sup>211</sup> ASUA BATARRITA, Adela. *Delitos contra la administración pública*. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao. Año 1997. pág. 20.

<sup>212</sup> Menciona BACIGALUPO que en principio, los delitos de funcionarios públicos importan básicamente la infracción de un deber propio de la función pública desempeñada, tal como había sostenido Welzel de que el empleo delictivo del poder público contradice siempre un deber especial del funcionario. Sin embargo, sostiene que una caracterización que se limitara a la infracción de deber sería evidentemente inadecuada, ya que no toda infracción de los deberes que incumben a los funcionarios públicos son o deben ser al mismo tiempo delictivas, es decir, amenazadas con penas del Derecho criminal, ya que de lo contrario, la diferenciación entre infracciones disciplinarias administrativas y delitos en sentido estricto sería totalmente imposible (BACIGALUPO, Enrique. *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*. op. cit. idem pág).

<sup>213</sup> CUGAT MAURI, Miriam. *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Editorial Cedecs. Barcelona. Año 1997. pág. 72.

<sup>214</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. op. cit. pág. 213.

misma administración<sup>215</sup>. Por su parte, BACIGALUPO considera que los tipos penales de los delitos de funcionario deben alcanzar comportamientos que, a parte de importar un ejercicio contrario al deber de la función pública, importen además una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial. Con relación al delito de cohecho, sostiene que la confianza de los ciudadanos en el ejercicio correcto de la función pública resulta lesionada cada vez que las decisiones de la autoridad aparezcan como producto de motivaciones ajenas al cumplimiento de la ley y especialmente cuando exista el peligro de que puedan ser compradas por los particulares<sup>216</sup>.

Las críticas a estas posturas son matizadas en primer lugar por OLAIZOLA NOGALES. En cuanto al criterio adoptado por la doctrina italiana, esta autora manifiesta que esta teoría cae en el error de no tener en cuenta que lo relevante a efectos penales es considerar a la administración y a la actividad y funciones que desempeña como ente prestacional<sup>217</sup>. Y en relación a la postura de Bacigalupo critica en primer lugar, su vaguedad y amplitud, que hacen que sea casi imposible determinar cuándo se perturba el bien jurídico, y en segundo lugar, rechaza a la confianza como objeto de tutela porque ésta podría constituir el bien jurídico de cualquier clase de delito y no como exclusivo de los delitos de funcionarios<sup>218</sup>. En segundo lugar, ASUA BATARRITA manifiesta que no puede mantenerse como objeto de protección en sí mismos el «prestigio» de las instituciones, ni siquiera la «confianza» de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de éstas, puesto que pueden resultar equívocas si no se les asocia a lo que debe ser la fuente del prestigio institucional, esto es, su adecuado funcionamiento conforme a los parámetros constitucionales. Según esta autora, el prestigio y confianza de la generalidad en sus instituciones debe entenderse como efecto derivado del correcto funcionamiento de la actuación administrativa. Un prestigio a costa del ocultamiento de irregularidades o una confianza del público ignorante de los niveles de corrupción interna, pueden ser funcionales para el desarrollo de un sistema opaco, lo cual precisamente es lo contrario a las exigencias de transparencia y de sumisión a legalidad impuestas por la Constitución. Así, la importancia de ese efecto de confianza en las instituciones debe ser tomada en cuenta para valorar la gravedad de los efectos de la conducta delictiva, pero en sí mismo no es el objeto de tutela en sentido jurídico-penal<sup>219</sup>.

#### 4.5.4. El correcto funcionamiento de la función pública.

La tendencia más difundida en la actualidad y que más adeptos tiene en la doctrina, es aquella que sostiene que el aspecto de la función pública que se intenta proteger mediante los delitos de funcionario público es el correcto funcionamiento de la función pública como institución prestacional al servicio de un país y sus ciudadanos, siendo compartida por OCTAVIO DE TOLEDO<sup>220</sup>, BUSTOS RAMÍREZ<sup>221</sup>, MORILLAS CUEVA<sup>222</sup>, CORCOY BIDASOLO, CARDENAL MONTRAVETA, FERNÁNDEZ BAUTISTA, GALLEGO

<sup>215</sup> MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho penal italiano*. Volumen V. 4ª Edición. Torino. Año 1962. pág. 1.

<sup>216</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*. op. cit. pág. 448.

<sup>217</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. op. cit. pág. 84.

<sup>218</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. op. cit. pág. 86.

<sup>219</sup> ASUA BATARRITA, Adela. *Delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 23.

<sup>220</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. op. cit. pág. 333.

<sup>221</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. 2ª Edición. Editorial Ariel. Barcelona. Año 1991. pág. 366.

<sup>222</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Delitos contra la administración pública (I) Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos*, en: Cobo del Rosal, Manuel (Coordinador): *Derecho penal español. Parte especial*. 2ª Edición. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2005. pág. 861.

SOLER, GÓMEZ MARTÍN, HORTAL IBARRA<sup>223</sup>, SERRANO GÓMEZ Y SERRANO MAÍLLO<sup>224</sup>, BLANCO LOZANO<sup>225</sup>, LUZÓN CUESTA<sup>226</sup>, OLAIZOLA NOGALES<sup>227</sup>, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA<sup>228</sup>, GONZÁLEZ CUSSAC<sup>229</sup>, MIR PUIG<sup>230</sup>; en Latinoamérica por BUOMPADRE<sup>231</sup> y CARO CORIA<sup>232</sup>, entre otros.

Según esta postura, lo que se intenta proteger es el correcto ejercicio de las funciones que constitucionalmente son otorgadas a la función pública, las cuales resultan imprescindibles para el mantenimiento del sistema social, y que de acuerdo BUSTOS RAMÍREZ consisten en dar vías procedimentales para que todos y cada uno de los miembros de la colectividad puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses<sup>233</sup>. El aspecto positivo de esta concepción radica en que permite negar que cada vez que un funcionario público infringe los deberes y obligaciones de su cargo deba considerarse indefectiblemente lesionado el objeto de tutela, y así mismo, explica satisfactoriamente la agrupación sistemática de esta clase de delitos, en los cuales se verifican comportamientos que son realizados por sujetos que no poseen la condición de funcionario público, pero igualmente pueden contribuir a afectar las prestaciones públicas objetivamente consideradas<sup>234</sup>.

La idea central parte de que el Derecho penal debe proteger el aspecto funcional del Estado, es decir, las distintas actividades que realizan las instituciones del Estado al servicio de los ciudadanos. En esta línea de pensamiento OCTAVIO DE TOLEDO señala que el ámbito del bien jurídico a ser protegido por los delitos de funcionarios es el servicio que la administración pública tiene que prestar a la comunidad, la necesidad de justificar su actuación en cada caso precisamente en este servicio a la comunidad<sup>235</sup>. En Alemania esta postura la podemos encontrar con ciertos matices en la obra de STOCK, que dice que todos los delitos del cargo importan, sin dudas, un deterioro o inutilización de la administración pública, en cuyo correcto funcionamiento tiene el Estado un vivo interés, puesto que sin un operar pronto y objetivo de las autoridades, el cumplimiento de las tareas públicas es lesionado o puesto en peligro. El

<sup>223</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; CARDENAL MONTRAVETA, Sergi; FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia; GALLEGO SOLER, José Ignacio; GÓMEZ MARTÍN, Víctor; HORTAL IBARRA, Juan Carlos. *Manual práctico de Derecho penal. Parte especial*. 2ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2004. pág. 1042.

<sup>224</sup> SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho penal. Parte especial*. 12ª Edición. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2007. pág. 783.

<sup>225</sup> BLANCO LOZANO, Carlos. *Tratado de Derecho penal. Parte especial*. Tomo II. Volumen 2. Editorial J.M. Bosch. Barcelona. Año 2002. pág. 483.

<sup>226</sup> LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho penal. Parte especial*. 7ª Edición. Editorial Dykinson. Madrid. Año 1998. pág. 256.

<sup>227</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. op. cit. pág. 87.

<sup>228</sup> MORALES PRATS, Fermín; RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *Delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 1595.

<sup>229</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el código penal de 1995: La prevaricación*, en: González Cussac, José Luis (Director): Los delitos de los funcionarios públicos en el código penal de 1995. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. Año 1996. pág. 17.

<sup>230</sup> MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal*. Editorial J.M.B. Bosch. Barcelona. Año 2000. pág. 19.

<sup>231</sup> BUOMPADRE, Jorge. *Delitos contra la administración pública*. Editorial Mave. Corrientes (Argentina). Año 2001. pág. 38.

<sup>232</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 130.

<sup>233</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. op. cit. idem pág.

<sup>234</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?* CIVC N° 23. Año 2009. pág. 248. Desde esta perspectiva, PORTILLA CONTRERAS considera positivo este planteamiento en cuanto centra el estudio de los delitos de funcionarios en la relación existente entre ciudadanos y la administración, reduciendo el incumplimiento del deber a ilícito administrativo en su relación estatal con competencia exclusiva del Derecho disciplinario. Con ello se excluyen las tesis que se basan en la subordinación oficial, para fundamentar el bien jurídico en las exigencias ciudadanas frente a la actuación del Estado (PORTILLA CONTRERAS, Guillermo). *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*. Editorial Edersa. Madrid. Año 1990. pág. 47).

<sup>235</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. op. cit. pág. 314.

verdadero interés de la concepción de este autor radica en saber conectar el concepto de administración pública con la verdadera finalidad de ésta, que no es otra que la satisfacción de las necesidades públicas<sup>236</sup>.

Resulta interesante la opinión de OLAIZOLA NOGALES, quien sostiene que la función pública se protege de determinados peligros que amenazan su correcto funcionamiento, pudiendo verse perjudicada desde dos puntos de vistas, interno y externo. Siguiendo a LOOS, y desde el punto de vista interno, explica que en las relaciones entre corruptor y corrupto (típico contenido del cohecho), amenazan la satisfacción de los objetivos públicos que deben orientar las actividades de los funcionarios. Al producirse la mezcla de intereses públicos y privados se amenaza la esencia misma del sistema, a través de la falta de delimitación entre el propio sistema (administración) y su entorno (sociedad). Desde el punto de vista externo (siguiendo su explicación a partir del delito de cohecho) el contenido de los delitos de funcionarios amenazan la confianza del público en la imparcialidad de las decisiones, confianza entendida como aquellas expectativas legítimas y concretas de cada ciudadano en que la administración funcione con objetividad e imparcialidad sin que se mezclen los intereses públicos con los privados. Afirma que la confianza no es en sí misma considerada el bien jurídico protegido, pero una disminución de la confianza en la integridad de la administración lesiona la disposición de los ciudadanos a la recepción de las decisiones, y de esta forma, una condición de funcionamiento de la administración<sup>237</sup>.

#### 4.5.5. Opinión personal.

De todas las teorías que hemos expuesto acerca del aspecto de la función pública que es afectado por los delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, creemos que la que mejor se adecua a los mandatos de la Constitución y al mismo tiempo es respetuosa a los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho, es la que defiende el correcto funcionamiento de la función pública, es decir, la protección de las distintas actividades que realizan las instituciones del Estado para la consecución del bienestar general.

Como ya lo hemos expuesto anteriormente, la función pública constituye una de las instituciones más importantes de la estructura del Estado, cuya finalidad primordial es la de otorgar a los ciudadanos las condiciones imprescindibles para su normal desarrollo personal y social, mediante el despliegue de determinadas actividades tendientes a materializar los servicios que satisfacen las necesidades públicas con miras a alcanzar el bienestar general. Este fin al que hace alusión la Constitución es cumplido a través de las diversas funciones que realizan los poderes del Estado y otros entes extra poderes, por lo que al agruparse todas estas actividades en lo que es la organización de la función pública, no se puede negar el carácter instrumental que posee esta institución al prestar servicios a los ciudadanos.

La necesidad de protección de la organización funcional se encuentra justificada porque a través de ella el Estado mantiene inalteradas las funciones estatales, sin las cuales no puede materializar los fines que la Constitución le tiene encomendadas. Ahora bien, para que la función pública quede efectivamente salvaguardada, el alcance de la protección debe extenderse ineludiblemente a los dos ámbitos en los que se divide la citada institución, los cuales son la función pública objetiva y la subjetiva<sup>238</sup>. En ese sentido, compartimos el criterio de que la protección de la función pública debe hacerse desde dos puntos de vistas, uno interno, que preserve las relaciones existentes entre la organización funcional y el funcionario público, y

<sup>236</sup> VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*. op. cit. pág. 58.

<sup>237</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. op. cit. pág. 101.

<sup>238</sup> Sobre estos dos aspectos de la función pública, Vid: apartados 3.1 y 3.2 del presente capítulo.

otro externo, que tutele las relaciones entre la organización funcionarial y los ciudadanos, debido a que la función pública desempeña actividades tendientes a mantener la integridad de su propia organización como subsistema del Estado a través de vínculos jurídicos con sus miembros, y otras dirigidas exclusivamente a los ciudadanos y a la consecución de los intereses generales.

La protección desde el punto de vista interno se debe al carácter abstracto que posee la función pública, que para realizar sus cometidos necesita de un grupo de personas físicas que son los funcionarios públicos, quienes se agrupan en una organización servicial para transmitir la voluntad estatal y cumplir sus funciones. Debido al alto grado de responsabilidad que conlleva el cargo de funcionario público, ya sea porque su ejercicio supone el ejercicio de cierto poder y autoridad, porque tiene a su disposición recursos económicos públicos o simplemente porque cumple funciones públicas, el Estado impone un régimen jurídico que contiene un conjunto de derechos, deberes y obligaciones con el fin de que su organización funcionarial utilice adecuadamente los medios y atribuciones que se le proporciona para el desenvolvimiento de sus funciones y sus miembros puedan ajustar su conducta en la misma dirección de la voluntad estatal. Cuando el funcionario público incumple los deberes de su cargo o realiza actos contrarios a la ley, lesiona la relación jurídica que tiene con el Estado creando un riesgo que – según el grado de magnitud de la desviación y las circunstancias del caso –, puede perturbar el correcto desenvolvimiento de las funciones de su organización. Al respecto, OCTAVIO DE TOLEDO sostiene que los deberes del cargo existen porque la administración precisa de una organización que pueda servir correctamente a los ciudadanos. Si el funcionario infringe el deber que su cargo le impone, deber proveniente de la especial relación que le liga con la administración, con ello altera tal relación y, como consecuencia, puede afectar negativamente a la organización en que se inserta, organización precisamente compuesta por una pluralidad de relaciones de igual naturaleza y paralelo contenido a la alterada, por perturbar su funcionamiento o desfigurar la imagen de corrección con la que la administración le interesa aparecer ante aquellos a quienes sirven, que son los ciudadanos<sup>239</sup>.

La Constitución exige a la función pública el mantenimiento de una organización transparente, eficiente e imparcial, como condiciones ineludibles para un correcto servicio a los intereses generales, y sólo podrá lograr ese objetivo si opera a través de una reglamentación jurídica y un poder disciplinario eficaces como pilares fundamentales de dicha organización. De esta manera, la protección de los deberes legales (derechos, obligaciones y prohibiciones previstos en la ley de la función pública) del funcionario estaría justificada porque cumplen la función de tutelar a la organización funcionarial manteniendo la conducta de los funcionarios públicos dentro del marco de la legalidad, evitando la alteración de la regularidad y continuidad de los servicios públicos.

Pero aún admitiendo que la infracción de los deberes legales del cargo podría afectar negativamente a la organización en la que participa el funcionario, esta disfunción puede ser corregida eficazmente mediante el Derecho administrativo sancionador. Para que la infracción de los deberes del cargo sea lo suficientemente relevante a efectos penales y vulnere el bien jurídico tutelado, debe obstaculizar o poner en peligro las actividades que la función pública realiza “hacia fuera” en beneficio a la sociedad<sup>240</sup>. Estas actividades se desarrollan en el marco

<sup>239</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. op. cit. pág. 243.

<sup>240</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. op. cit. pág. 88 “La infracción del deber del funcionario será relevante a efectos penales únicamente si afecta a las expectativas legítimas de los ciudadanos en su relación con la Administración, sea porque impide u obstaculiza el ejercicio de un derecho concreto, sea porque pone en peligro las posibilidades de acceso y participación en el disfrute de servicios o desarrollo de actividades que las instituciones deben garantizar, o en su caso promover”. Por su parte, RODRÍGUEZ PUERTA sostiene que los deberes del cargo existen porque la administración precisa de una organización que pueda servir correctamente a los ciudadanos, con lo que la mera infracción del deber no resulta suficiente para fundamentar la sanción penal. Se

de la relación función pública-ciudadano, en la que la organización funcionarial tiene a su cargo el deber de garantizar los servicios públicos que ofrecen a la ciudadanía las condiciones imprescindibles para el mantenimiento de la vida en sociedad.

En la aplicación de los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas, es necesario comprobar que la deslealtad cometida por el funcionario hacia las normas que regulan su cargo tenga repercusiones negativas en cuanto a la satisfacción de una expectativa legítima que le corresponde a un particular. Por ejemplo, el delito de prevaricación implica un acto propio de la función pública desempeñado por el cargo de juez, que es el dictado de una resolución judicial sobre la existencia de algún asunto jurídico, pero manifiestamente injusta por estar en contradicción con el ordenamiento jurídico al favorecer a una de las partes con el consecuente perjuicio para la otra. El juez, a parte de infringir el deber legal de su cargo, vulnera con su resolución injusta las expectativas de una de las partes a tener una respuesta judicial justa conforme a derecho, afectándose la correcta prestación del servicio público que corresponde a la función judicial del Estado, que no es otra que la impartir justicia. Del ejemplo citado se puede deducir que el correcto funcionamiento de la función pública sólo se verá afectado cuando la infracción de los deberes del funcionario cree un riesgo no permitido que peligre el normal y correcto desenvolvimiento de las actividades dirigidas a los ciudadanos, y ocasione con ello, un verdadero obstáculo al ejercicio efectivo de los derechos subjetivos fundamentales. Por eso dice OLAIZOLA NOGALES que los titulares de este bien jurídico son los ciudadanos, cuya legítimas expectativas frente al Estado son las que se ven perjudicadas cuando se altera la función que ésta debe cumplir en un sistema de organización social dado<sup>241</sup>.

En conclusión, los delitos de funcionarios públicos acorde a un Derecho penal garantístico basado en un Estado Social y Democrático de Derecho, deben describir conductas que sean lo suficientemente relevantes para causar una alteración en los servicios públicos dirigidos a los ciudadanos que imposibiliten el correcto desempeño de las funciones públicas estatales. La tutela de la función pública sólo podrá hacerse efectiva si se tiene en cuenta el binomio de relaciones «funcionario-función pública» y «función pública-ciudadano», es decir, la consideración de la infracción de los deberes del cargo y la relevancia externa de sus efectos en las actividades prestaciones del Estado con miras al bienestar general, cuyos titulares son todos los ciudadanos. Según nuestra opinión, esta perspectiva adopta una postura lo suficientemente apta para constituir un verdadero contenido de antijuridicidad material.

## **5. LA FUNCIÓN PÚBLICA Y SU CONSIDERACIÓN COMO BIEN JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL.**

Los principios del Estado Social y Democrático de Derecho no sólo han transformado la estructura de los Estados actuales, sino también han posibilitado que las constituciones modernas reconozcan e introduzcan dentro de su marco legal intereses socialmente relevantes que no se derivan de modo inmediato en intereses estrictamente individuales, pertenecientes a todo el sistema social denominados “bienes jurídicos supraindividuales o universales” tales como el sistema económico, el medio ambiente o la función pública. GARCÍA PELAYO manifiesta que este cambio tuvo su fundamento en el intento de adaptación del Estado tradicional a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y

---

requiere además una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, en este caso, los principios o valores cardinales para el correcto ejercicio de la función pública, cuya conculcación posea una relevancia externa más allá de la mera infracción disciplinaria (RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *El Delito de Cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*. op. cit. pág. 32).

<sup>241</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. op. cit. idem.pág.

organizativas para enfrentarlos<sup>242</sup>. El reconocimiento constitucional por parte del legislador de estos intereses de dimensión supraindividual como condiciones fundamentales para la sociedad y de los individuos que interactúa en él, ha meritado su protección por el sistema jurídico penal ante las conductas humanas que tengan la idoneidad suficiente de vulnerarlas.

La protección penal de estos intereses radica en el creciente aumento de actividades peligrosas que exceden la afectación de individuos aisladamente considerados, extendiéndose a grupos o a una categoría importante de personas cuyas relaciones presentan características particulares<sup>243</sup>, por lo que el riesgo de lesiones a estos bienes supraindividuales es real y cada vez más frecuente en las sociedades, muchas veces a consecuencia de fenómenos como la globalización o la corrupción. GUTIÉRREZ DE CABIEDES dice que los derechos y los deberes no se presentan ya como en los códigos tradicionales de inspiración individual-liberal, a la manera de derechos y deberes esencialmente individuales, sino metaindividuales y colectivos<sup>244</sup>. Hoy en día la realidad social produce situaciones y posiciones jurídicas nunca antes vividas que generan nuevos derechos e intereses, y el Derecho como instrumento de control social debe adaptarse a dicha realidad estableciendo una configuración que de respuestas a las expectativas surgidas por la población.

Esta es la razón por la cual se distingue tradicionalmente en Derecho penal los intereses sociales a ser protegidos en dos categorías: bienes jurídicos de titularidad individual y bienes jurídicos de titularidad supraindividual. Los primeros son un grupo de bienes jurídicos cuyo contenido material es eminentemente personal, como pueden ser la vida, el honor, la integridad personal. Los segundos, en cambio, se refieren a un conjunto de bienes jurídicos que no pueden ser detentados individualmente, por lo que su titularidad pertenece a una colectividad o generalidad de personas<sup>245</sup>. La aparición de los bienes jurídicos de naturaleza supraindividual es consecuencia de una tendencia político criminal inclinada a proteger intereses de gran relieve social correspondientes a las necesidades reales y concretas de la población, lo cual ha llevado a que los distintos Estados los hayan incorporado en sus respectivos códigos penales como objeto de protección de las normas penales. De esta manera, gracias a la consideración de los bienes jurídicos supraindividuales como intereses legítimos a ser tutelados por el Derecho penal, se han convertido actualmente en una calificación explícitamente respaldada por la ley<sup>246</sup>.

Para referirse a los bienes jurídicos supraindividuales la doctrina ha recurrido indistintamente a variadas expresiones terminológicas, lo que ha dificultado su precisión conceptual. La bibliografía jurídica sobre el tema refleja denominaciones como: intereses difusos, bienes jurídicos colectivos, bienes jurídicos universales, intereses generales, bienes

<sup>242</sup> GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Editorial Alianza Universidad. Madrid. Año 1991. pág. 18.

<sup>243</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Los intereses económicos de los consumidores: protección penal*. Instituto Nacional del Consumo. Madrid. Año 1986. pág. 32.

<sup>244</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Editorial Aranzadi. Navarra. Año 1999. pág. 66.

<sup>245</sup> La citada distinción es determinante para JESCHECK en cuanto a la aplicación de los diversos institutos de la teoría del delito, por ejemplo, en la admisibilidad de la legítima defensa, para la posibilidad de que el sujeto afectado de una forma inmediata por el hecho pueda consentir eficazmente la lesión del bien jurídico o para la relevancia del concepto de la acción continuada. Además, es importante para la determinación del ofendido en el sentido de las disposiciones de Derecho procesal penal, que depende de quién sea el titular del bien jurídico protegido (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 277).

<sup>246</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. op. cit. pág. 70. “Puede apreciarse en los últimos años una ampliación del ámbito de los intereses legítimos como consecuencia del reconocimiento de los intereses colectivos como tales, que se viene produciendo en muchos ordenamientos por vía legislativa o jurisprudencial. De ese modo, los intereses supraindividuales han pasado de ser meros intereses de hecho a configurar situaciones jurídico-subjetivas activas de la misma naturaleza que cualquier otro interés legítimo, con la única (e importante) diferencia de que no se trata de situaciones jurídicas individualizadas o –preferimos decir– exclusivas”.



jurídicos de nueva generación o de nuevo cuño<sup>247</sup>. En este sentido señala GUTIÉRREZ DE CABIEDES: “este baile de conceptos, en el que se emplea el mismo significante con muy distintos significados y distintos significantes con el mismo significado hace que el terreno por el que se transita se torne enormemente correoso y resbaladizo, constituyendo una singular rememoración del célebre caos babélico”<sup>248</sup>. A pesar de su diferente significado conceptual, estos términos tratan de describir un conjunto de intereses pertenecientes a sujetos diversos que se encuentran en la misma situación en relación a un bien o interés, y respecto del que tienen exigencias del mismo tipo, que por lo general no son directamente de naturaleza económica o monetizable<sup>249</sup>. Según nuestra opinión, para caracterizar a los bienes jurídicos que están referidos a las necesidades de todos y cada uno de los miembros del grupo social, es más práctico utilizar una terminología que posea un mayor grado de generalización, y así se toma el término “bien supraindividual” como macro concepto que aglutina los bienes jurídicos que no son esencialmente individuales, estableciéndose como subespecies a los bienes jurídicos penales institucionales y colectivos (especie que contempla los bienes jurídicos difusos)<sup>250</sup>.

Estas dos especies del género de bienes jurídicos supraindividuales tienen como ya se ha precisado, la semejanza de que no están referidos a un único individuo aisladamente considerado sino que corresponden a un conglomerado o colectivo de personas. En cambio, su diferencia estaría marcada por la extensión del colectivo de personas que abarcan dichos intereses y si la protección de los mismos se destina a un ente público estatal. De esta manera, los bienes jurídicos penales institucionales son aquellos referibles a la sociedad en su conjunto cuya protección aparece mediatizada por un órgano del Estado. La titularidad de estos bienes jurídicos recae en los integrantes de la comunidad política de un país. Por su parte, los bienes jurídicos penales colectivos son aquellos que podrían afectar a una generalidad de personas más o menos determinada o determinable, sin que medie un ente institucional que opere como aglutinador de su protección penal<sup>251</sup>.

En cuanto a la extensión dimensional de estos intereses jurídicos, GONZÁLEZ RUS menciona que los bienes jurídicos institucionales se corresponden más con el interés general que tienen por cabeza a la globalidad de los ciudadanos y que, en cuanto referible a la sociedad en su conjunto, se identifican inmediatamente con el interés público, siendo tutelados por los órganos del Estado. Este autor asemeja el interés público con el general encontrándose limitado por los medios que la Constitución y las leyes disponen para el control de las actividades estatales<sup>252</sup>. Naturalmente, los individuos reunidos en sociedad poseen expectativas concretas de que muchas de sus necesidades esenciales sean gestionadas y defendidas por el Estado a través de los servicios públicos prestados por sus instituciones. Cuando estas expectativas tienen trascendencia global y coinciden con los de la población de un Estado, adquieren relevancia

<sup>247</sup> SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. op. cit. pág. 96; DE LA MATA BARRANCO, Norberto J; DE LA MATA BARRANCO, Ignacio. *La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídicos-penales de carácter supraindividual*, en: López Barja de Quiroja, Jacobo; Zugaldía Espinar, José Miguel (Coordinadores): *Dogmática y ley penal*. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2004. pág. 485.

<sup>248</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. op. cit. pág. 64.

<sup>249</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Los intereses económicos de los consumidores: protección penal*. op. cit. pág. 82.

<sup>250</sup> Para SOTO NAVARRO estos bienes jurídicos son <macro sociales> que se refieren al funcionamiento del sistema, que implican necesariamente la intervención estatal para promover la atención de las necesidades básicas de cada uno de los miembros del grupo social, superando con ellos las disfuncionalidades económicas y sociales (SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Editorial Comares. Granada. Año 2003. pág. 174).

<sup>251</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Valladolid. Año 1999. págs. 67 y 68; SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. op. cit. pág. 77.

<sup>252</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Los intereses económicos de los consumidores: protección penal*. op. cit. pág. 86.

jurídica y se transforman en intereses supraindividuales que son reconocidos en la Constitución y protegidos por el sistema jurídico. Por eso, BUSTOS RAMÍREZ sostiene que en los últimos tiempos, y respecto a los bienes jurídicos supraindividuales, se ha acentuado la relación entre Constitución y Derecho penal, y en forma específica, entre los derechos reconocidos en la Constitución y los bienes jurídicos<sup>253</sup>.

Siguiendo la definición propuesta por BUSTOS RAMÍREZ acerca de los bienes jurídicos institucionales como “aquellas instituciones básicas para el funcionamiento del sistema que cumplen con el requisito de doble masividad y universalidad, y atienden a establecer vías o procedimientos organizativo-conceptuales para asegurar los bienes jurídicos personales”<sup>254</sup>, podemos afirmar sin temor a equívocos de que la función pública constituye un bien jurídico supraindividual de carácter institucional, ya que ésta institución pública es un instrumento necesario para el mantenimiento del sistema social y dada su indiscutible relevancia, ha sido positivada en las constituciones siendo reconocida y protegida en los distintos ordenamientos penales a lo largo de la historia. FIANDACA Y MUSCO apuntan que concebir al bien jurídico como una entidad específica y fácilmente comprensible deviene progresivamente menos sencillo en aquellos que tienen por fin la protección de intereses supraindividuales, en los que el objeto de protección resulta menos concreto y comprensible. Sin embargo, reconocen la existencia de bienes jurídicos supraindividuales de carácter más tradicional, acogidos desde hace tiempo en los códigos penales que presentan un nivel menor de indeterminación y respecto de los cuales no puede dudarse que merezcan ser tutelados, aludiendo como ejemplo al buen funcionamiento de la administración pública<sup>255</sup>.

En la realidad jurídico paraguaya, la supraindividualidad de la función pública se desprende del sentido y alcance de la norma contemplada en el art. 101 de la CNP que la erige como una institución pública del Estado compuesta por una organización de personas (funcionarios públicos) que están al servicio del país. La consideración constitucional de que los funcionarios públicos se encuentran al servicio del país, sólo nos puede hacer pensar que la función pública tiene como fin principal la satisfacción de las necesidades del ser humano, pero no de un sólo individuo o grupo de personas determinado, sino de las necesidades que corresponden a toda la colectividad indistinta de individuos que habitan en el país. Al respecto dice VARGAS PINTO que al Derecho penal no le interesa la protección sin más de una institución, sino cuando ésta genera situaciones especialmente relevantes para posibilitar la convivencia social y el desarrollo personal del hombre, por lo que siempre debe mirarse a la persona y sus necesidades<sup>256</sup>. De ahí la consideración de bien jurídico supraindividual a la función pública ya que constituye un interés cuya necesidad de protección corresponde a todas y cada una de las personas que forman parte del sistema social al cual beneficia.

### 5.1. Rasgos de los bienes jurídicos supraindividuales.

La relevancia macro social o colectiva que caracteriza a los bienes jurídicos supraindividuales radica en la existencia de unas posiciones o aspiraciones comunes que son compartidas por un conglomerado de sujetos que se corresponden con el conjunto de individuos que conforman la sociedad-Estado. De ahí que estos bienes jurídicos posean la característica negativa de no ser detentados individualmente, es decir, su protección afecta a una generalidad de personas<sup>257</sup>. En ese sentido, para VARGAS PINTOS lo fundamental de estos bienes es la

<sup>253</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. op. cit. pág. 191.

<sup>254</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. op. cit. pág. 199.

<sup>255</sup> FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 44.

<sup>256</sup> VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado*. Editorial Thomson-Aranzadi. Navarra. Año 2007. pág. 105.

<sup>257</sup> En ese sentido, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. op. cit. pág. 204; SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos*

posición que ocupan los sujetos respecto de una determinada situación, pues comparten también las mismas aspiraciones de protección<sup>258</sup>. GRASSO entiende que esta clase de bien jurídico es un interés referible simultáneamente a varios individuos, cada uno con un interés idéntico. Esta identidad de intereses permite considerar que el conjunto de los mismos pertenece a la pluralidad (colectividad), entendida como entidad en si misma y no como mera suma de individuos, y para cada individuo en cuanto cada uno es titular como miembro de la colectividad<sup>259</sup>. Asimismo, GONZÁLEZ RUS manifiesta que lo determinante en esta clases de bienes jurídicos es la identidad o semejanza de situación en la que se encuentran todos los individuos quienes comparten, y poseen además, análogas aspiraciones de protección con relación a los ataques a sus bienes jurídicos<sup>260</sup>.

En el caso que nos ocupa, es indiscutible que todos los habitantes de un Estado tengan las mismas expectativas de protección de la función pública que les sirve y proporciona sus derechos políticos, civiles, económicos y sociales. OLAIZOLA NOGALES afirma que la administración pública se convierte en un ente necesitado de protección, no por ser parte de uno de los poderes del Estado, sino por constituir un instrumento necesario, presupuesto de acceso de los ciudadanos a los servicios públicos en condiciones de igualdad, transparencia y objetividad, siendo los titulares de ese bien jurídico los ciudadanos, cuyas legítimas expectativas frente a la administración pública son las que se ven perjudicadas cuando se altera la función que ésta debe cumplir en el sistema de organización social dado<sup>261</sup>. Esta conjunción de expectativas hace que se considere a la función pública como una realidad jurídica distinta de todas aquellas expectativas individuales que la forman, lo que permite al ordenamiento jurídico valorarla como una entidad autónoma necesitada de protección penal.

Ahora bien, estos intereses o situaciones jurídicas cualitativamente iguales no dan derecho a que nadie pueda disponerlos exclusivamente en su propio beneficio, ni tan siquiera los beneficios que se reciben de los servicios públicos otorgados por los poderes e instituciones públicas, puesto que su fin es satisfacer también a los demás sujetos que tienen esos idénticos intereses<sup>262</sup>. Asimismo, HEFENDEHL resalta que los bienes jurídicos colectivos o universales puede precisarse acudiendo a los conceptos de “no exclusión en el uso” y de “no rivalidad en el consumo”, afirmando en calidad de ejemplo que la seguridad colectiva de un Estado constituye un bien jurídico colectivo (supraindividual), puesto que en primer lugar, nadie puede ser excluido de su uso y, en segundo lugar, porque el uso o disfrute de ese bien por un individuo A no perjudica ni impediría el de un individuo B. Podría decirse que un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a un individuo<sup>263</sup>. La no exclusividad o imposibilidad de apropiación exclusiva se explicaría en el hecho de que son intereses de cada uno y a la vez de todos los miembros del

---

*colectivos*. op. cit. pág. 97; HEFENDEHL, Roland. *¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstractos*. RECPC 04-14. Año 2002. pág. 3.

<sup>258</sup> VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado*. op. cit. pág. 104.

<sup>259</sup> GRASSO citado por BUJOSA VADELL, Lorenzo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1995. pág. 74.

<sup>260</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Los intereses económicos de los consumidores: protección penal*. op. cit. pág. 83.

<sup>261</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. op. cit. pág. 88.

<sup>262</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. op. cit. idem pág.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. op. cit. pág. 80.

<sup>263</sup> HEFENDEHL, Roland. *¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstractos*. op. cit. pág. 4. En opinión de SOTO NAVARRO, el aprovechamiento individual a que hace referencia Hefendehl trata de un uso respetuoso con la indemnidad del bien jurídico, de forma que todos puedan obtener igual provecho, situación que encontraría similitud con la figura civilista del usufructo, que otorga el derecho de uso y disfrute de un bien, pero con la obligación de conservar su sustancia y sin capacidad de enajenación (SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. op. cit. pág. 198).

grupo, en los que todos son titulares pero ninguno de ellos es propiamente el titular en sentido clásico. Así, puede que la lesión o amenaza del interés no afecte directamente al individuo y sólo suponga un empeoramiento real o potencial de la situación y de las condiciones del grupo en su conjunto en sus aspectos económico y social<sup>264</sup>. Para SOTO NAVARRO la característica de indisponibilidad encuentra su base en la ineficacia jurídico-penal del consentimiento en la lesión o puesta en peligro de estos bienes, pues hay acuerdo doctrinal en que sólo es posible la renuncia a la tutela jurídico-penal cuando se trate de bienes que, por su naturaleza, sean inherentes y exclusivos de la persona individual, y no cuando la titularidad recaiga sobre el conjunto de la sociedad<sup>265</sup>.

Por otro lado, la doctrina ha establecido que en los bienes jurídicos supraindividuales los sujetos pasivos desaparecen, es decir, sufren una especie de neutralización, lo cual se intenta explicar a través de la argumentación de que están difuminados, borrando a la víctima del mapa de la reacción penal<sup>266</sup>. DIEZ RIPOLLÉS afirma que el principio de neutralización de la víctima, como sustracción del conflicto a la víctima por parte del Estado y el consiguiente surgimiento de la acción penal pública como reflejo de que todo delito constituye una agresión al conjunto de la sociedad, es un elemento fundamental de todo Derecho penal garantista. Justifica la limitada posibilidad de actuación de la víctima en el proceso penal, en la necesidad de mantener la deslegitimación de la venganza privada y evitar la socialización de los intereses de la víctima en torno a cuyas posibilidades de reacción se agruparía grupos sociales fomentadores por diversas razones de actuaciones desproporcionadas contra el delincuente, como también, la aparición de una legislación simbólica tranquilizadora de las víctimas, pero carente de efectividad<sup>267</sup>.

Habiendo reconocido estas características en los bienes jurídicos supraindividuales, puede decirse que el legislador ha asumido la protección de estos intereses como una cuestión en la que está implícito el interés público, desvinculando la tutela de los mismos a sus respectivos titulares otorgando en consecuencia legitimidad al ministerio público para que asuma la tarea de defenderlos mediante el ejercicio de la acción penal pública<sup>268</sup>, criterio que a nuestro juicio se encuentra contemplado en el derecho positivo paraguayo que legitima la persecución de los hechos punibles que atentan contra los intereses públicos de la sociedad al ministerio público, siendo además esta entidad pública garante de su protección<sup>269</sup>.

<sup>264</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. op. cit. pág. 97.

<sup>265</sup> SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. op. cit. pág. 195.

<sup>266</sup> SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. op. cit. pág. 102.

<sup>267</sup> DIEZ RIPOLLÉS, José Luís. *El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista*. RJPLD N° 30. Año 1997. pág. 13.

<sup>268</sup> CORDÓN MORENO, Faustino. *De nuevo sobre la legitimación*. RDProc. N° 1. Año 1997. págs. 64 y 65 “En determinados ámbitos, el legislador entiende implícito el interés público y legitima para el ejercicio de la acción al Ministerio Fiscal, que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por las leyes, de oficio o a petición de los interesados”. En ese sentido, la STC 86/1985 de fecha 10 de julio, ha declarado que de acuerdo a la específica posición institucional que posee el ministerio público, al ejercer la acción penal defendiendo, ciertamente, derechos fundamentales, pero lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su acción, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos.

<sup>269</sup> Art. 266 de la CNP: “El Ministerio Público representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado, gozando de autonomía funcional y administrativa en el cumplimiento de sus deberes y atribuciones. Lo ejercen el Fiscal General del Estado y los agentes fiscales, en la forma que determina la ley”.

- Art. 1 de la LOMP: “El Ministerio Público es un órgano con autonomía funcional y administrativa, que representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales para velar por el respecto de los derechos y de las garantías constitucionales, promover la acción penal pública en defensa del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y de los derechos de los pueblos indígenas, y ejercer la acción penal en los casos en que para iniciarla o proseguirla no fuese necesaria instancia de parte”.

## 5.2. Equiparación jerárquica o preeminencia entre bienes jurídicos individuales y supraindividuales.

La distinción entre bienes jurídicos individuales y supraindividuales ha provocado la discusión acerca de si existe entre estas categorías una equiparación jerárquica o una preeminencia de una en relación a la otra, la cual ha sido abordada por la doctrina a través de las teorías dualistas y monistas.

La teoría dualista admite que los bienes jurídicos pueden ser tanto de naturaleza individual como supraindividual, sin que pueda encontrarse en ambas clases un denominador común, pues tienen su origen en intereses heterogéneos<sup>270</sup>. En ese sentido, SANTANA VEGA sostiene que esta teoría parte de la existencia de dos clases o modalidades en la titularidad de los bienes jurídicos penales: la del Estado y la del individuo a la manera de “dos columnas” paralelas sin criterio común superior que permita decantarse por la preeminencia de una u otra clase de bienes<sup>271</sup>.

Por su parte, la teoría monista se concibe en dos formas: a) la monista colectiva, respaldada por autores como AMELUNG, sostiene que la consideración del contenido del bien jurídico debe estar orientado a garantizar la estructura social, quedando la figura del individuo mediatizada por la sociedad, y b) las monistas personalistas, auspiciadas por autores como HASSEMER, que parte de que el bien jurídico es una construcción doctrinal en la que los seres humanos son los titulares de los bienes jurídicos penales y en función a ellos se instrumentan los bienes jurídicos supraindividuales. Esta posición que resta independencia al bien jurídico supraindividual, ha influido en gran manera en la doctrina encontrándose autores como SÁNCHEZ GARCÍA quien alega que el reconocimiento de los bienes jurídicos supraindividuales tiene mucho que ver con la tendencia político criminal inclinada a la protección decididamente preventiva de bienes jurídicos individuales como la vida, la salud o la integridad corporal, e incluso, bienes patrimoniales mediante los tipos de peligro abstracto. Afirma esta autora que en el caso de la salud pública, el medio ambiente o la seguridad del tráfico, todos ellos constituyen un ámbito previo de la integridad física y la salud individual, de este modo, se construyen tipos de lesión del bien jurídico supraindividual que constituyen en realidad figuras de peligro abstracto respecto del bien jurídico individual complementado<sup>272</sup>.

Desde nuestro punto de vista, el ordenamiento penal paraguayo estaría más orientado a la teoría personalista en vista de que la CNP establece tanto en su preámbulo como en su art. 1 que la dignidad humana es el fundamento de todo el sistema político y sobre la cual se sustenta el gobierno democrático y el Estado Social de Derecho. Cuando el legislador deba elegir de entre los diversos intereses protegidos en la Constitución cuáles serán protegidos penalmente, ésta elección necesariamente ha de realizarse preservando la dignidad y el desarrollo personal y social del ser humano. Por ejemplo, la consideración de la función pública como bien jurídico supraindividual no podría justificarse desde una postura dualista, puesto que ésta no tiene un fin en sí misma, siendo una organización pública al servicio de los ciudadanos y sus intereses, tal como lo manda el art. 101 de la CNP. Por ello, afirma BUSTOS RAMÍREZ que los bienes

<sup>270</sup> MATA Y MARTÍN, Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Editorial Comares. Granada. Año 1997. pág. 12.

<sup>271</sup> SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. op. cit. pág. 84 “Esta concepción, minoritaria en la doctrina, es sostenida por Tiedemann quien contrapone bienes jurídicos individuales y supraindividuales como categorías independientes y desconectadas. En consecuencia, para este autor la protección de bienes supraindividuales como los intereses de la sociedad o la economía constituyen fines en sí mismos. De esta forma, se aporta un planteamiento ecuaníme, evitando pronunciarse sobre la prelación entre bienes jurídicos penales individuales o colectivos”.

<sup>272</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. op. cit. pág. 66.

jurídicos supraindividuales aparecen como “complementarios”, desde una perspectiva material a los bienes jurídicos individuales<sup>273</sup>.

Sin embargo, cabe aclarar que la adopción de esta postura no conlleva la aceptación de que los bienes jurídicos supraindividuales carezcan de autonomía y dependan jerárquicamente de los bienes jurídicos individuales<sup>274</sup>. DE LA MATA BARRANCO ha señalado que la idea de complementariedad entre el bien jurídico colectivo y el bien jurídico individual ha sido erróneamente entendida, puesto que ésta relación no implica que los tipos penales que protegen los primeros vinculen su estructura a los segundos<sup>275</sup>. Toda posición que sustente esta supuesta dependencia debe ser rechazada, partiendo del simple hecho de que en la realidad social existen bienes jurídicos supraindividuales que no proceden de otros individuales que son producto de las nuevas necesidades de la sociedad y que en el marco del desarrollo tecnológico de la misma se convierten en esenciales. Pero lo correcto es que los bienes supraindividuales conserven un referente individual ya que éstos constituyen el medio a través del cual se posibilita el desarrollo y bienestar del hombre. Además, esta confusión ha sido aclarada por el propio BUSTOS RAMÍREZ afirmando la autonomía de los bienes jurídicos colectivos manifestando que en modo alguno implica que los delitos que se configuran para proteger a la citada clase de bienes jurídicos deban estructurarse en relación con bienes individuales<sup>276</sup>.

La idea de complementariedad y autonomía puede observarse en el bien jurídico supraindividual de la función pública. La importancia de la misma radica en el intereses general de los ciudadanos de tener una organización funcional eficiente y respetuosa con la dignidad del ser humano y los derechos fundamentales, que preste las actividades que les proporcionan las ventajas materiales con qué satisfacer sus necesidades humanas o evite los perjuicios que obstaculizan el pleno ejercicio de sus derechos<sup>277</sup>. Esta suma de intereses adquiere trascendencia al determinarse como auténticas aspiraciones o expectativas sociales, y otorga legitimidad para que se las considere una situación objetiva y necesitada de protección por el ordenamiento jurídico. De ahí que BUSTOS RAMÍREZ afirme que los bienes jurídicos supraindividuales se refieren al funcionamiento del sistema, es decir, a los procesos o funciones que éste ha de cumplir para que puedan quedar aseguradas materialmente las bases y condiciones de las relaciones microsociales constituidas por los bienes jurídicos individuales<sup>278</sup>.

<sup>273</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. op. cit. pág. 197.

<sup>274</sup> En un sentido contrario, TERRADILLOS BASOCO considera que los bienes jurídicos colectivos se subordinan a los de carácter individual, pero admite una independencia dogmática al señalar que es obvio que los primeros tienen características distintas de las que presentan los segundos (TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Peligro abstracto y garantías penales*, en: Quintero Olivares, Gonzalo; Morales Prats, Fermín (Coordinadores): *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*. Editorial Aranzadi. Navarra. Año 2001. pág. 805). Este punto de vista es compartido por ACALE SÁNCHEZ, María. *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*. Editorial Comares. Granada. Año 2000. pág. 183 “No es contradictorio afirmar la autonomía de los bienes jurídicos colectivos respecto de los individuales que están en su base y a la vez reconocer que con la protección de los colectivos se está afirmando su trascendencia para la persona como individualidad, que necesita de la protección de estos bienes por ser parte de la colectividad: son una realidad distinta, que han adquirido autonomía de los individuales y que son tan dignos de protección como éstos”.

<sup>275</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *Protección penal del ambiente y accesoria administrativa*. Editorial Cedecs. Barcelona. Año 1996. pág. 44.

<sup>276</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. op. cit. pág. 198.

<sup>277</sup> Para Norberto e Ignacio DE LA MATA BARRANCO, los objetos de tutela de carácter supraindividual deben ser concebidos en función de la persona y de sus necesidades de desarrollo, y si se opta por su protección, debe evitarse la sanción de meras desobediencias a un concreto modelo de funcionamiento institucional y penalizarse, por el contrario, únicamente la conducta que tenga potencialidad ofensiva real para incidir en una pluralidad indeterminada de posiciones individuales, amparables en la medida en que condicionen la vida de los individuos, sin perjuicio de la sustantividad que en su tutela ha de concederse (DE LA MATA BARRANCO, Norberto; DE LA MATA BARRANCO, Ignacio. *La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídicos-penales de carácter supraindividual*. op. cit. pág. 487).

<sup>278</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. op. cit. pág. 199.

Con base en estas ideas podemos afirmar que los bienes jurídicos supraindividuales poseen propia autonomía, reconociendo que los mismos tienen como referente a los bienes jurídicos individuales, en razón a que éstos cooperan en la potenciación del desarrollo individual o de los grupos que integran la sociedad. En este sentido, señala MÉNDEZ RODRÍGUEZ que la protección de relaciones y conflictos sociales de amplio espectro encuentra su sentido en la relación básica, que es individual, pero esta constatación no permite afirmar que los únicos bienes existentes son los individuales, como únicos objetos de protección de las normas penales, y que los colectivos no son más que formas de protección de éstos ante la sofisticación de las formas de ataque. Sólo si se acepta que los bienes jurídicos colectivos poseen sustantividad propia, se puede afirmar que la titularidad de los mismos es colectiva<sup>279</sup>. Este razonamiento concuerda con la consideración que hemos adoptado sobre que el bien jurídico debe constituirse a partir de una perspectiva que abarque los aspectos individual y social sin caer en el error de dar una determinada preeminencia a uno de los dos.

## 6. DETERMINACIÓN DE LA MODALIDAD DE ATAQUE AL BIEN JURÍDICO. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO.

La función pública como interés supraindividual de notable relevancia, no ha estado ajena a que sea afectada negativamente por conductas humanas que supongan riesgos intolerables para su estructura y funciones. En consecuencia, la práctica legislativa ha optado por la aplicación de una política criminal dirigida a proteger a esta clase de bien jurídico a través de la incriminación determinados tipos penales que se estructuran según el modelo de los delitos de peligro, con los cuales la protección penal se adelanta sin requerir la producción de una lesión efectiva del bien jurídico mismo<sup>280</sup>.

Los delitos de peligro surgen de la clasificación de los delitos en relación a la forma de afectación al bien jurídico, pudiendo definirse como aquellos en los que existe la probabilidad de una lesión para un bien jurídico, en contrapartida de los delitos de lesión en los que existe una efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico<sup>281</sup>. Tanto la primera como la segunda categoría estarían legitimadas en atención a que se encuentran incluidas en la definición dogmática de delito como toda conducta típica, antijurídica y culpable (o reprochable) que lesiona o pone en peligro un bien jurídico. Los delitos de peligro tienen su núcleo central en la determinación del concepto de «peligro». ESCRIVA GREGORI define al peligro como “probabilidad”, es decir, el grado mayor o menor de producción de un acontecimiento, que, dado que vendría referido a un peligro, tendría que ser siempre dañoso o lesivo<sup>282</sup>.

De acuerdo a la citada definición, en la probabilidad de producción de un acontecimiento cabrían distintos grados de peligro, y en relación a ello sostiene BUSTOS RAMÍREZ que el

<sup>279</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. op. cit. pág. 34.

<sup>280</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor*. Editorial Praxis. Barcelona. Año 1991. pág. 55.

<sup>281</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4ª Edición. Editorial PPU. Barcelona. Año 1994. pág. 284; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid. Año 1994. pág. 13; BAIGÚN, David. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. Editorial BdeF. Montevideo-Buenos Aires. Año 2007. pág. 3; MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Editorial Comares. Granada. Año 2001. pág. 10.

<sup>282</sup> ESCRIVA GREGORI, José María. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1976. pág. 26. En ese sentido, TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Peligro abstracto y garantías penales*. op. cit. pág. 790 “Que la posibilidad sea más o menos intensa, de modo que quede en mera posibilidad o que se transforme en probabilidad, ha sido cuestión discutida en la doctrina, pero en términos que hoy deben estimarse superados. Rechazada la utilización determinante de instrumentos matemáticos o estadísticos y aceptada la necesidad de manejar criterios normativos, parece obvio que la mera posibilidad de que se produzca un resultado no autoriza a hablar de peligro; éste supone un grado apreciable de posibilidad, posibilidad relevante o, lo que es lo mismo, probabilidad”.

problema de estos delitos radica en dónde poner el límite a esa probabilidad<sup>283</sup>. Por eso, los delitos de peligro han sido divididos en dos clases, en primer lugar, los delitos de peligro concreto, que son aquellos en los que el legislador tipifica como elemento del tipo penal la creación de una efectiva situación de peligro, y en segundo lugar, los delitos de peligro abstracto, en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro (suponen un peligro)<sup>284</sup>.

La característica más notable de los delitos de peligro abstracto es que en el tipo penal no se contempla al peligro como elemento objetivo, limitándose el legislador a incriminar una conducta que, si se acredita fácticamente, se entiende que la misma es peligrosa. En ese sentido, MENDOZA DUERO se refiere a los delitos de peligro abstracto como un conjunto de diferentes delitos cuyo común denominador es que el tipo sólo sanciona una comportamiento, no exigiendo una efectiva puesta en peligro –juzgada ex post– para el objeto de la acción o el bien jurídico protegido, aunque la realización de tal comportamiento sí supone –desde una perspectiva ex ante– un riesgo de producción de una concreta puesta en peligro o de la lesión del bien jurídico<sup>285</sup>. En estos delitos se nota una traslación de la comprobación del peligro del juez al legislador, ya que selecciona en el tipo las notas que caracterizan a la peligrosidad de la acción porque se supone que en estos casos el peligro se produce siempre, con lo cual, la tarea probatoria del juez sólo se limita a comprobar que la acción realizada por el autor contiene todas las características que el legislador ha introducido en el tipo y que en abstracto entiende como peligrosa<sup>286</sup>.

En la mayoría de los casos, los códigos penales tutelan a la función pública a través de la técnica de los delitos de peligro abstracto, conclusión que puede llegarse con la sola observación de la estructura de los tipos penales que se han creado para su protección, como también en atención a su carácter de bien jurídico supraindividual. El recurso a esta técnica legislativa puede ser entendida desde la opinión de PÉREZ ÁLVAREZ quien al analizar el bien jurídico “salud pública”, igualmente supraindividual, menciona que esta clase de bienes jurídicos no puede ser objeto de menoscabo o destrucción en sentido de lesión, puesto que los bienes jurídicos supraindividuales, globalmente considerados, no son susceptibles de menoscabo apreciable, por lo que el recurso a los tipos de peligro se hace inevitable<sup>287</sup>. En ese sentido, el legislador en relación a los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas ha decidido incriminar comportamientos que constituyen desviaciones de los deberes y obligaciones de los funcionarios públicos, que en cuanto al bien jurídico se consideran peligrosos, suprimiendo al juzgador la necesidad de comprobar si realmente el bien jurídico ha corrido algún tipo de peligro. Con este proceder –sostiene ROMEO CASABONA– el legislador releva al juez de comprobar que haya sido suficientemente acreditada una relación de causalidad con un determinado resultado, pues se prescinde de éste en el tipo correspondiente, teniendo que centrarse aquél únicamente en las características de la acción realizada por el sujeto acusado<sup>288</sup>.

RODRÍGUEZ MONTAÑEZ señala que la doctrina ha basado la fundamentación de los delitos de peligro abstracto en dos teorías: la teoría general de la peligrosidad y la teoría de la peligrosidad abstracta. La primera de éstas argumenta que en los delitos de peligro abstracto, el legislador quiere prohibir generalmente conductas típicamente peligrosas, según determina la

<sup>283</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal. Parte general*. op. cit. idem pág.

<sup>284</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 233; ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. págs. 404 y 407.

<sup>285</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. op. cit. pág. 20.

<sup>286</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. op. cit. pág. 133.

<sup>287</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor*. op. cit. pág. 65.

<sup>288</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María. *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*. Editorial Coyoacan. México. Año 2007. pág. 114.



experiencia. Así, la conducta descrita en el tipo no se prohíbe porque demuestra en concreto su cualidad lesiva o peligrosa, sino en cuanto pertenece a una clase de acciones que, con frecuencia significativa, producen lesiones de bienes jurídicos. Esta teoría tiene como base un juicio de probabilidad estadística, en el que no se pronostica un daño concreto, sino una relación estadística entre una cierta clase de acciones y un resultado lesivo. De esta manera, la evitación de estas clases de acciones sería el motivo del legislador para tipificar estos delitos<sup>289</sup>.

En cambio, la teoría de la peligrosidad abstracta parte de que el legislador define en el tipo formas de conducta consideradas peligrosas porque poseen las condiciones mínimas suficientes para causar un daño. Esta teoría no parte de un proceso de juicio estadístico basado en conductas repetitivas, sino a partir de unas condiciones mínimas que pueden causar eventuales resultados lesivos. De esta forma, el legislador establece una presunción de que todo comportamiento típico posee relevancia lesiva, aún en el caso de una absoluta no peligrosidad en concreto, y por eso suele hablarse de una presunción de peligro *iuris et de jure*<sup>290</sup>.

## 7. CRÍTICAS A LA TÉCNICA DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO.

La doctrina no ha tardado en presentar sus críticas a los delitos de peligro abstracto. TIEDEMANN menciona que en Alemania se ha objetado este tipo de delito por favorecer la tendencia expansiva del Derecho penal con el pretexto de proteger bienes jurídicos (supraindividuales) que sería frecuentemente expresiones vacías sin una existencia real<sup>291</sup>. Por otra parte, hay quienes inclusive pregonan la supresión de los mismos, principalmente, por ser construcciones jurídicas que presentan problemas de constitucionalidad (estaría en contra de la presunción de inocencia) y son contrarias a los postulados básicos del Derecho penal como son los principios de lesividad y de intervención mínima.

Las objeciones a los delitos de peligro abstracto parten, en primer lugar, en que al no constituir el peligro uno de los elementos objetivos del tipo, se presume ipso iure que la acción ha producido un peligro para el bien jurídico, aunque en el caso concreto no haya experimentado algún peligro de lesión. Esta presunción relativa a la producción del peligro no admite prueba en contrario, por lo que una vez comprobada dicha conducta, el juez estaría eximido de desarrollar investigaciones ulteriores sobre la verificación judicial del peligro, lo que supondría un menoscabo al principio constitucional de defensa<sup>292</sup>. Al respecto dice MÉNDEZ RODRÍGUEZ que la objeción más grave que puede formularse no es plantear su desprecio al principio del bien jurídico, al de ofensividad o materialidad o al principio de proporcionalidad, sino constatar que su estructura va en contra de toda lógica penal al establecer sanciones jurídicas que se deducen matemáticamente de la mera realización formal de las acciones típicas, sin someter ni siquiera la peligrosidad de la acción a la necesaria verificación judicial<sup>293</sup>. De ahí que se cuestione que

<sup>289</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. op. cit. pág. 239; ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 407.

<sup>290</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. op. cit. pág. 241.

<sup>291</sup> TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho penal económico, comunitario, español, alemán*. Editorial PPU. Barcelona. Año 1993. pág. 34.

<sup>292</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor*. op. cit. pág. 60.

<sup>293</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. op. cit. pág. 137. En este orden de ideas, ACALE SÁNCHEZ refiere que con independencia de la estructura típica, todos los delitos tienen un primer momento de formalidad, es decir, que todos los delitos son formales, en la medida en que es preciso para castigar una conducta que formalmente sea subsumible en un tipo penal, pero a ello, habrá que añadir que el juez penal sólo va a estar legitimado para imponer una pena cuando esa violación formal de la norma vaya acompañada de una violación material, esto es, de la lesión o del peligro del bien jurídico protegido por la misma (ACALE SÁNCHEZ, María. *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*. op. cit. pag. 36). Sin embargo, desde el punto de vista contrario, FIANDACA y MUSCO señalan que la posibilidad de criminalizar las conductas peligrosas en sí mismas, es decir, prescindiendo de la prueba de que éstas pongan en riesgo a individuos claramente determinados,

estos delitos vulneran el principio de culpabilidad, pues al incriminar un peligro supuesto se estaría invirtiendo la carga de la prueba recayendo en la persona del sujeto la demostración de que su conducta no ha sido peligrosa, resultando castigado si este extremo no puede ser acreditado<sup>294</sup>.

En segundo lugar, dado que los delitos de peligro abstracto protegen bienes jurídicos supraindividuales carentes de sustrato material identificable, se produce un quebrantamiento del principio de lesividad al resultar sumamente difícil la determinación de su lesión, permitiendo que se prescinda o se relegue a un segundo plano la materialidad de las consecuencias dañosas<sup>295</sup>. También se ha cuestionado que la presunción de peligrosidad de la acción tenga su base en la afirmación de que ciertas conductas, según una regla de experiencia, son idóneas para incidir negativamente al bien jurídico. Al respecto, FIANDACA y MUSCO señalan que por más que sea cierto que este modelo de ilícito se caracterice por tipificar un comportamiento considerado peligroso según una regla de experiencia, no puede excluirse que, de hecho, se verifiquen casos en los que dicho juicio fundado sobre la experiencia se revele falso, dado que, en algunas hipótesis concretas, es posible que la realización de la acción prohibida no genere el peligro que la prohibición penal tiene la finalidad de impedir<sup>296</sup>.

En tercer lugar, se objeta que los delitos de peligro abstracto constituyen una orientación político criminal contraria al principio de intervención mínima, al prescindir la prueba de una concreta situación de peligro para el bien jurídico. Así, el legislador estaría incriminando mediante estas figuras penales la mera desobediencia de los sujetos activos<sup>297</sup>. Esto ha sido atribuido a aquellos delitos que poseen como sujeto activo a grupos de personas que ostentan roles especiales cuyos comportamientos se encuentra “estandarizados”, como son el sistema económico o la función pública. En estos casos el juez, una vez comprobada la conducta incriminada, es decir, constando la desobediencia aplicaría formalmente el precepto penal legitimado por la presunción de que dicha conducta es peligrosa, y por consiguiente, perjudicial para el bien jurídico. De esta forma, con la aplicación de los delitos de peligro abstracto se olvida el contenido de los principios de última ratio y fragmentariedad, puesto que el Derecho penal actuaría como ámbito jurídico de primera ratio regulando aspectos de la vida social en los que otros sectores del ordenamiento jurídico deberían dar previamente una adecuada respuesta<sup>298</sup>.

## 8. PROPUESTAS DE LEGITIMACIÓN DE ESTA CLASE DE DELITOS.

A pesar de todas estas objeciones realizadas a los delitos de peligro abstracto, resulta bastante problemático que el legislador prescinda de esta clase de delitos, puesto que desde un punto de vista político criminal, se han convertido actualmente en una herramienta jurídica

---

presentaría dos ventajas inestimables. Por un lado, se pondría límite a la propagación del peligro implícito en este tipo de conductas, y por el otro, en vista a que a menudo el mecanismo específico que conduce a la verificación del resultado lesivo es científicamente ignorado, se evita la probatio diabólica de la aptitud del hecho para provocar una lesión efectiva en el caso en particular (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 214).

<sup>294</sup> VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado*. op. cit. pág. 324.

<sup>295</sup> SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. op. cit. pág. 167.

<sup>296</sup> FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 213.

<sup>297</sup> En opinión de LAURENZO COPELLO, si la caracterización de un tipo como de peligro abstracto responde en verdad, a que no es posible identificar con precisión el objeto de protección de la norma, entonces no sólo se estará ante un delito sin resultado sino, también, ante una conducta punible sin referencia alguna a un desvalor de resultado. Sería, entonces delitos de mera desobediencia que rebasarían los límites dentro de los cuales el Derecho penal está legitimado para actuar (LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1992. pág. 181).

<sup>298</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María. *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*. op. cit. pág. 197.

válida para la lucha de ciertas conductas criminales<sup>299</sup>. Muchos autores comparten la idea de que la técnica de los delitos de peligro abstracto es la única que permite esquivar serias dificultades como son la determinación de la lesión efectiva del bien o la prueba del nexo causal entre la acción individual y el resultado lesivo. Es más, ha sido avalada en el XIII Congreso llevado a cabo en 1984 en El Cairo por la Asociación Internacional de Derecho penal, en el cual se dictó una resolución que consideraba, en términos generales, a las infracciones de peligro como válidas para la lucha de determinados delitos, siempre y cuando la conducta prohibida por el legislador venga especificada con precisión y los bienes jurídicos a los que se refiere estén claramente determinados<sup>300</sup>. Por ejemplo, en relación a la corrupción el legislador no ha cesado en la creación de nuevos delitos de peligro abstracto amparándose supuestamente en verdaderas necesidades de adelantamiento de la intervención penal, en razón a los graves daños que produce en la sociedad el citado fenómeno social y ante la creciente demanda ciudadana de protección ocasionada por la sociedad de riesgo en la que vivimos actualmente<sup>301</sup>.

Lo cierto es que no puede permitirse la criminalización de tipos penales meramente formales, es decir, conductas inocuas y carentes de dañosidad o lesividad potencial para el bien jurídico protegido, puesto que estarían en contradicción con principios y categorías penales básicos. Ante la realidad de que no puede dejarse de lado simplemente el recurso a la técnica de los delitos de peligro abstracto, parte de la doctrina ha sugerido algunas propuestas para legitimar estos delitos mediante su transformación dogmática dentro de los límites permitidos por el principio de legalidad<sup>302</sup>.

### 8.1. Demostración judicial de la peligrosidad de la acción.

La idea de que la imposición de una pena supone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no debe ser comprendida como una consecuencia inmediata de la correspondencia entre la acción u omisión desplegada por el autor y la conducta descrita en el tipo penal. Este es un paso que indefectiblemente debe realizar el juzgador en aplicación del principio *nullum crimen sine lege*, pero no el único. Necesariamente tendrá que realizar posteriormente un juicio de valor en el que se preguntará si esa acción puede vulnerar al bien jurídico mediante la comprobación de su peligrosidad en sede de antijuridicidad.

Las opiniones más destacadas en la doctrina han establecido que en la antijuridicidad el juzgador no sólo debe limitarse a verificar la contradicción de un hecho con el ordenamiento jurídico o a comprobar la existencia de causales de justificación, sino que debe preguntarse también por el por qué de esa contradicción. La respuesta a esta interrogante se encuentra unida al concepto de lo que en la teoría general del delito se llama “antijuridicidad material”, que es la comprobación de que una determinada acción u omisión posee el carácter de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico<sup>303</sup>. En ese contexto, SILVA SÁNCHEZ entiende que en un Derecho penal protector de bienes jurídicos sólo puede legitimarse la anticipación de la barrera penal si se abandonan las lecturas puramente formalistas y se establecen criterios materiales de

<sup>299</sup> TORÍO LÓPEZ, Ángel. *Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas*, en: Romeo Casabona, Carlos María (Editor): *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*. Centro de Estudios Criminológicos. Universidad de la Laguna. Tenerife. Año 1997. pág. 373.

<sup>300</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor*. op. cit. pág. 59.

<sup>301</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. *Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales*. RCHD Vol. 27. N° 1. Año 2000. pág. 135.

<sup>302</sup> TORIO LÓPEZ, Ángel. *Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*. ADPCPC N° 39. Año 1981. pág. 827.

<sup>303</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 156.

interpretación que permitan hallar en el tipo objetivo del delito de peligro abstracto una real peligrosidad mediante un juicio ex ante<sup>304</sup>.

Estos razonamientos hicieron surgir planteamientos que exigían un cambio de interpretación para la legitimación de los delitos de peligro abstracto que condicionan la tipicidad de la acción a que ésta produzca un estado de riesgo, que si bien no aparece contemplado en la ley, vendría a ser constatado por el intérprete (juez) mediante la apreciación judicial<sup>305</sup>. De esta manera, la presunción *iuris et de jure* que apriorísticamente se ha atribuido a los delitos de peligro abstracto pasa a convertirse en *iuris tantum*, debiendo el juez situarse en calidad de observador objetivo y valorar ex ante la existencia de una peligrosidad real en la conducta del sujeto activo desde el mismo momento de su realización. Insiste TERRADILLOS BASOCO en que el juicio ex ante no se identifica con una valoración estadística efectuada por el legislador, en cuyo caso el peligro de la conducta en el caso concreto sería sólo presunto, sino en una valoración de la peligrosidad del comportamiento realizada por el juzgador<sup>306</sup>. La perspectiva ex ante proporciona al observador objetivo la posibilidad de verificar si la conducta posee la idoneidad o capacidad suficientes para crear un estado desaprobado normativamente, o a la conclusión de que es absolutamente improbable que produzca un resultado lesivo (lesión o puesta en peligro al bien jurídico) por su no peligrosidad. MIR PUIG coincide con lo señalado al sostener que la norma penal preventiva apunta al momento de la realización de la conducta, intentando motivar su evitación, por lo que el juicio de peligrosidad que convierte en prohibida la acción deberá efectuarse ex ante, en el momento en que el sujeto va a actuar, no importando en cambio la peligrosidad resultante ex post<sup>307</sup>.

Señala RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ que entre los delitos de peligro abstracto se encuentran ciertos supuestos donde la peligrosidad de la conducta, sin llegar a comprometer concretos objetos portadores de los bienes mediatamente protegidos, sí que se encuentran incorporados al tipo mediante la descripción de los elementos objetivos, que son los datos necesarios para valorar si una conducta es apta para entrañar un riesgo en el caso particular<sup>308</sup>. En otras palabras, el legislador con los elementos objetivos del tipo está delimitando los contornos del riesgo permitido establecido por el ordenamiento jurídico para un cierto sector de

<sup>304</sup> SILVA SÁNCHEZ citado por RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. 2ª Edición. Editorial Comares. Granada. Año 2006. Pág. 17.

<sup>305</sup> Las tensiones existentes entre los delitos de peligro abstracto y los postulados del Derecho penal, había llevado a sectores de la doctrina a proponer tesis correctoras de esta situación. Por un lado, Schroeder había sugerido orientar la exclusión de la responsabilidad penal a la prueba de la falta de peligro en la situación concreta. De acuerdo a la interpretación de que estos delitos contenían una presunción *iuris et de jure* en los que no se admitía la prueba en contrario de la ausencia de peligro, la tesis de este autor se dirigía a transformar tal presunción *iuris et de jure* en una presunción *iuris tantum*. Sin embargo, esta tesis no tuvo aceptación, pues se consideraba incompatible con el principio *in dubio pro reo*, ya que la carga de la prueba de la no peligrosidad de la acción se imponía en perjuicio del autor (TORIO LÓPEZ, Ángel. *Los delitos de peligro hipotético*. op. cit. pág. 826). Por otra parte, autores como Meyer reconducen el injusto material de los delitos de peligro abstracto en la idea de que peligrosidad ex ante de la acción debe incorporarse al tipo de injusto por vía interpretativa, quedando excluida la tipicidad de la conducta en aquellos casos en que ex ante quede excluida esa tipicidad. En este caso, la peligrosidad de la acción es un elemento constitutivo del injusto y su comprobación en el supuesto concreto es una exigencia positiva a ser verificada por el juez (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. op. cit. pág. 293).

<sup>306</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Peligro abstracto y garantías penales*. op. cit. pág. 799.

<sup>307</sup> MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Editorial BdeF. Montevideo-Buenos Aires. Año. 2006. pág. 137.

<sup>308</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. op. cit. pág. 15. Esta postura puede verse en la STC 2/2003 de fecha 16 de enero, en relación a los delitos contra la seguridad vial, que expresa que el delito previsto en el Art. 379 del CPE no constituye una infracción meramente formal, pues para imponer la pena no basta con comprobar a través de la pertinente prueba de alcoholemia que el conductor ha ingerido alcohol o alguna otra de las sustancias mencionadas en el mismo, sino que es necesario que se acredite que dicha ingestión ha afectado a la capacidad psicofísica del conductor, y, consecuencia de ello, a la seguridad en el tráfico, que es el bien jurídico protegido por dicho delito.

la vida social, y a la vez, otorga al observador objetivo las herramientas necesarias para verificar si realmente la conducta realizada por el autor es “idónea” para la perturbación del bien jurídico por haber causado un riesgo intolerado. En igual sentido MIR PUIG menciona que la relación negativa de la conducta con el bien jurídico, importa la peligrosidad objetiva de la conducta para dicho bien, en la medida en que desborde el marco del riesgo permitido. Ello exige la utilización de un criterio intersubjetivo del hombre prudente situado ex ante en la posición del autor con los conocimientos que en dicha situación poseería el primero, además de los conocimientos especiales superiores de que pudiera disponer el autor<sup>309</sup>. Los conocimientos especiales constituyen un parámetro importante para el juzgador cuando tiene que valorar la peligrosidad de las conductas previstas en ciertos delitos cuyo sujeto activo es una persona que ostenta un rol caracterizado por deberes y obligaciones específicas que no tienen el resto de los ciudadanos comunes, como podría ser el caso de los funcionarios públicos en los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas.

En definitiva, parece adecuada la tesis que considera necesaria la concurrencia de una concreta acción peligrosa acreditada desde una perspectiva ex ante, ya que otorga un verdadero contenido material a los delitos de peligro abstracto y excluye las interpretaciones vacías de contenido que tratan de legitimar estos delitos mediante la presunción de la peligrosidad de la acción independientemente de que en el caso concreto carezca totalmente dicha cualidad. De esta manera, la citada propuesta más los aportes de la teoría de la imputación objetiva sobre los criterios de exclusión de la peligrosidad de la acción, se presentan como soluciones convenientes a los diversos cuestionamientos pronunciados por la doctrina y coadyuvan a compatibilizar los delitos de peligro abstracto con los principios de un Derecho penal democrático.

## 8.2. Reinterpretación del principio de lesividad.

En la doctrina se acepta casi sin objeciones que el principio de lesividad se traduce en que todo delito constituye la afectación de un bien jurídico determinado, efecto que se denomina “desvalor del resultado”. En base a ello, no existe dificultad alguna en comprobar la lesión o puesta en peligro de aquellos bienes jurídicos cuya titularidad corresponda a una persona física identificable y que tengan como contenido un claro sustrato material empíricamente demostrable, como son la vida, la integridad física, la salud, la libertad sexual. El problema surge cuando estamos en presencia de intereses jurídicos que corresponden a un conglomerado de personas en los que no se pueden apreciar un sustrato material determinado, circunstancia que ocasiona que su soporte empírico resulte más complejo de precisar, y por consiguiente, la verificación de su lesión o menoscabo<sup>310</sup>. Estos rasgos pueden encontrarse en los bienes jurídicos supraindividuales, y en relación a ellos la doctrina no ha tardado en pronunciarse en su contra dirigiendo sus críticas en que estos intereses no contienen un sustrato material identificable resultando sumamente difícil la determinación de su menoscabo, llegando incluso a existir autores que sostienen su imposibilidad de lesión<sup>311</sup>. Sin embargo, la realidad nos indica

<sup>309</sup> MIR PUIG, Santiago. *Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal*. ADPCP N° 47. Año 1994. pág. 17. Asimismo, este autor (en *Estado, pena y delito*. op. cit. pág. 180) manifiesta que estos conocimientos ya fueron advertidos por la teoría de la adecuación al exigir que la acción apareciese como adecuada para producir el resultado a los ojos de un espectador medio que contemplara el hecho en el momento que actuó el autor (ex ante) y con los datos especiales que éste pudiera tener acerca de la situación.

<sup>310</sup> MATA Y MARTÍN, Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. op. cit. pág. 36. En ese sentido, manifiesta LAURENZO COPELLO que los bienes jurídicos individuales son susceptibles de concreción, ya sea a través de objetos del mundo sensible o por referencia a su titular, como también lo son algunos bienes colectivos que se asientan en objetos del mundo físico. Por otro lado, existe un grupo de delitos –que la autora cataloga de residuales– para los que no parece encontrarse una explicación clara, que son los que protegen bienes jurídicos supraindividuales, es decir, bienes que no pueden concretarse en fenómenos de la realidad física o social (LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho penal*. op. cit. pág. 86).

<sup>311</sup> VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado*. op. cit. pág. 136.

que los diversos sistemas penales han resuelto proteger a una gran cantidad de bienes jurídicos supraindividuales a través de los delitos de peligro abstracto. Para proteger estos bienes el legislador configura el injusto de estos delitos mediante la sola incriminación de una conducta que se entiende peligrosa, y en la mayoría de los casos no incorpora como elemento típico al efecto natural (resultado material) o al peligro provocado y separable de la misma<sup>312</sup>, que se conecta directamente con el bien jurídico para justificar el desvalor del resultado (lesión o puesta en peligro). Es decir, para la perturbación del bien jurídico no se requiere en estos delitos la identidad resultado típico = desvalor del resultado.

En la doctrina existen dos posiciones encontradas en cuanto a los delitos de peligro abstracto, por un lado, se ubican aquellas tendencias político criminales que abogan por mantener el recurso de la técnica de los delitos de peligro abstracto como instrumento de aplicación anticipada del Derecho penal para la protección de bienes jurídicos supraindividuales, y por otro lado, aquellas que los rechaza afirmando que en esta clase de bienes jurídicos es imposible constatar su efectiva lesión por tener contornos tan amplios e indeterminados, lo cual hace que se acepte que tampoco es posible su puesta en peligro<sup>313</sup>. La lesión sirve de referente para configurar la puesta en peligro de un bien jurídico como segunda modalidad de afección, pues el peligro no es un concepto autónomo, sino un estadio previo a la lesión<sup>314</sup>.

Entre los diversos criterios de solución para legitimar esta clase de delitos, se ha propuesto realizar una reinterpretación del principio de lesividad. Partiendo de que actualmente los conceptos de materialidad y de lesión no pueden entenderse en un sentido estrictamente naturalístico sino sociológico, SOTO NAVARRO sostiene que la única cualidad necesaria ab initio para que un bien entre en el catálogo de bienes jurídicos protegidos es su pertenencia a la realidad social, con independencia de que sea o no aprensible por los sentidos<sup>315</sup>. Es por eso que se reconocen ciertos bienes jurídicos de carácter supraindividual que se configuran en entidades ideales, que por más no posean un sustrato material, se consideran legítimos en un Estado de Derecho porque suponen un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo de la sociedad. Además, si bien toda consumación de un delito contiene la lesión de un bien jurídico, esto no quiere decir que exista sólo una forma de lesionar todos los bienes jurídicos, mediante la atribución de un resultado material como consecuencia causal de una determinada acción<sup>316</sup>. Afirma LAURENZO COPELLO que desde el momento que se sostiene que los bienes jurídicos no son meros valores sino aspectos de la realidad social que pueden ser perturbados por acciones individuales, debe admitirse también que, al menos cuando la consumación de un delito se supedita a la lesión de los mismos, necesariamente aparece un suceso distinto de la acción; y ello con independencia de que el perjuicio resultante pueda percibirse por los sentidos o deba constatarse por otras vías<sup>317</sup>.

<sup>312</sup> ACALE SÁNCHEZ, María. *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*. op. cit. pág. 93.

<sup>313</sup> Señala CASTRO CUENCA que en el caso de la corrupción pública, esta postura presenta una grave antinomia con la realidad, puesto que mientras existen múltiples circunstancias que demuestran que la corrupción es un fenómeno lesivo de la economía, la legitimidad del Estado y la administración pública; la dogmática califica a los delitos a través de los cuales se la persigue como tipos de peligro abstracto, modalidad que según un amplio sector de la doctrina se caracteriza por que no es necesario demostrar ni la lesión ni la puesta en peligro del bien jurídico (CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. *Corrupción y delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 125).

<sup>314</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. op. cit. pág. 43 “Si el peligro es el estado previo de la lesión, solamente podrá crearse un peligro si la lesión es posible (y por tanto, si ésta puede ser determinada). De otro modo el concepto de peligro carece de sentido”.

<sup>315</sup> SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. op. cit. pág. 278.

<sup>316</sup> Bien sostiene STRATENWERTH que el resultado puede estar configurado de maneras muy distintas, desde la modificación puramente exterior del sustrato material de un bien jurídico, hasta la producción de un daño meramente inmaterial (STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 126).

<sup>317</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho penal*. op. cit. pág. 174.

En vista a los problemas e inseguridades que surgen de la verificación causal del resultado lesivo a un comportamiento determinado en los bienes jurídicos supraindividuales, se ha propuesto utilizar como método de comprobación de la lesión de estos bienes jurídicos la aplicación de una relación de causalidad jurídica –y no ontológica<sup>318</sup>– que consiga proporcionar convencimiento suficiente sobre la idoneidad de la acción realizada y si la misma es capaz de perturbar al bien jurídico. La viabilidad de esta propuesta radica en el carácter normativo del principio de lesividad que –en palabras de MATA Y MARTÍN– permite que la perturbación del bien jurídico pueda ser considerada de una manera real o ideal, lo que supone que desde un punto de vista jurídico-penal la perturbación del bien jurídico se encuentra vinculado a la producción de una consecuencia que va más allá de la conducta misma, como en los delitos de mera actividad en los que basta la realización de la conducta, sin consecuencia alguna para que el bien jurídico pueda entenderse lesionado<sup>319</sup>.

En este contexto, CORCOY BIDASOLO señala que el problema con que se enfrentan la mayoría de las teorías sobre el bien jurídico proviene del significado de destrucción, propio del término de lesión que se requiere para infringir el principio de lesividad. Para esta autora la lesión del bien jurídico, en el sentido de destrucción de éste, no de destrucción o menoscabo del objeto material, se produce en muy pocos delitos, puesto que en la mayoría de supuestos hay una afectación del bien jurídico y no una lesión<sup>320</sup>. De esta manera, la perturbación o afectación ideal de los bienes jurídicos supraindividuales se consigue por la creación de una “situación de riesgo jurídicamente desaprobado” como suceso o efecto distinto de la acción, el cual sólo puede ser producida por una conducta peligrosa contemplada tanto desde un punto de vista objetivo (acreditada ex ante, con los conocimientos generales o especiales del autor), como subjetivo, ya que el dolo del autor debe abarcar todas las circunstancias que la ley considera que elevan el riesgo permitido, es decir, que la considera peligrosa. Además, es importante destacar que la técnica legislativa, la doctrina y la práctica judicial han reconocido que este criterio no solamente se aplica a los delitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales, sino también en algunos bienes jurídicos individuales que no poseen un sustrato material cuya destrucción suponga su efectiva lesión como es el caso de los delitos de amenazas, injurias y contra el honor<sup>321</sup>.

Tal como dice ROXIN, para que el tipo objetivo pueda ser imputado al autor, éste debe haber creado una situación de peligro (riesgo) a consecuencia de una conducta que no se encuentra cubierto por un riesgo permitido o haya sobrepasado sus límites<sup>322</sup>. Pero la tarea de comprobación no queda ahí (acreditar la acción peligrosa), sino que también el juez debe además verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre acción y bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro para éste. Esto es debido a que si bien los delitos de peligro abstracto exigen una conducta idónea para originar un peligro al bien jurídico, su estructura no establece cuando la acción posee el grado de peligrosidad suficiente para ser sometida al Derecho penal. Según TORÍO esta cuestión es eminentemente valorativa<sup>323</sup>,

<sup>318</sup> SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. op. cit. pág. 150 “Se configura como diferencia básica en el establecimiento de la relación de causalidad, la distinción entre “causalidad en sentido ontológico” y “causalidad en sentido jurídico”, renunciándose a la primera debido a que la misma sólo es posible con relación a leyes causales simples o universales. Dicho con otras palabras, se parte de la premisa de que la metodología de las ciencias naturales exige hechos, mientras que la jurídica solo convencimiento”.

<sup>319</sup> MATA Y MARTÍN, Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. op. cit. pág. 49.

<sup>320</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. op. cit. pág. 219.

<sup>321</sup> VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado*. op. cit. pág. 144; MATA Y MARTÍN, Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. op. cit. pág. 38; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 284.

<sup>322</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 364.

<sup>323</sup> TORIO LÓPEZ, Ángel. *Los delitos de peligro hipotético*. op. cit. pág. 843.

y en ese sentido, puede considerarse existente el nexo entre acción peligrosa y bien jurídico cuando se verifica que una conducta ha aumentado desmesuradamente el riesgo permitido para un sector de la vida social creando una situación de riesgo que pone en peligro al interés tutelado. La situación de riesgo jurídicamente desaprobada comprobada por el juez desde una perspectiva *ex ante* es el efecto que produciría una afectación jurídico-normativa del bien jurídico al que protege.

En estos casos no se considera necesario que exista una inmediata o concreta posibilidad de lesión de bien jurídico, sino se requiere un grado menor de desatención al bien jurídico, bastando para su punibilidad una verdadera situación de peligrosidad potencial. Así, se substituye el sustrato relativo e indeterminado de aquellos criterios doctrinales que presumían la peligrosidad de la conducta prevista en el tipo, por otro cuyo núcleo central está basado por la valoración del juez en cada caso sobre la aptitud de la conducta para ser considerada peligrosa, puesto que él tiene el deber de valorar qué acción conscientemente realizada ya implica un hecho disvalioso e intolerable para la vida social. Por eso, BAIGÚN recalca que en el mundo de los hechos sociales, es justo exigir que cuando la ley proclama como riesgosa para un status social una situación determinada, ese enunciado refleje una relación posible o probable, y no una versión antojadiza o subjetiva<sup>324</sup>.

### 8.3. Presencia de un bien jurídico suficientemente valioso.

Sostiene RODRÍGUEZ MONTAÑEZ que la técnica de los delitos de peligro abstracto se hace compatible con la exigencia de antijuridicidad material o principio de lesividad y con los demás principios limitadores del *ius puniendi*, siempre que a través de ellos se proteja un bien jurídico suficientemente valioso como para justificar la ampliación de la intervención penal<sup>325</sup>. En ese sentido, señala LAURENZO COPELLO que si se interpreta a los delitos de peligro abstracto como delitos sin resultado estructural pero con un desvalor potencial de resultado, permitiría su integración en un Derecho Penal orientado a la exclusiva protección de bienes jurídicos, lo que naturalmente presupone que se esté ante delitos en los que es posible identificar el objeto de tutela, es decir, delitos en los que realmente quepa hablar de un adelantamiento de las barreras de protección respecto a un bien jurídico determinado<sup>326</sup>.

Desde esta perspectiva, y si partimos del hecho de que el fenómeno de la corrupción afecta principalmente a un bien jurídico de imprescindible utilidad para la sociedad como es la función pública, el Estado estaría legitimado a proteger este interés supraindividual de relevantes proyecciones social a través de la técnica de los delitos de peligro abstracto, siempre y cuando su injusto contenga conductas consideradas peligrosas que tengan la capacidad de generar un riesgo intolerable al bien jurídico. Las conductas que el Derecho penal quiere evitar con los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas, son aquellas realizadas en su mayoría por un funcionario público (y excepcionalmente cualquier particular que entre en contacto con la función pública) que consistan en una desviación de sus deberes legales que haya sobrepasado gravemente los límites del riesgo permitido establecido para su rol social, produciendo en consecuencia una situación jurídicamente desaprobada que ponga en riesgo a la función pública, entendida ésta no como institución propiamente dicha, sino como conjunto de actividades prestacionales que se realizan al servicio de los ciudadanos<sup>327</sup>.

<sup>324</sup> BAIGUN, David. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. op. cit. pág. 12.

<sup>325</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. op. cit. pág. 298.

<sup>326</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho penal*. op. cit. pág. 181.

<sup>327</sup> SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. op. cit. pág. 265.



Lo que se tutela penalmente de la función pública es su aspecto funcional, constituida por la relación jurídica que la une con todos los ciudadanos de un Estado cuya obligación principal no es otra que la satisfacción de sus necesidades primordiales. Por esa razón existe un interés general en que las actividades estatales prestacionales funcionen correctamente<sup>328</sup>. El hecho de que éstas conductas se generen dentro del ámbito interno de la organización funcionarial no significa que de por sí solas deban ser consideradas penalmente relevantes. El Derecho penal considera que existe un menoscabo del bien jurídico cuando el funcionario público realiza una conducta que trasciende el ámbito interno de su organización y causa un efecto negativo en las prestaciones estatales dirigidas a ciudadanos que constituye el aspecto externo de la función pública. En otras palabras, la conducta penalmente relevante que se exige en los delitos contra la función pública debe tener la capacidad suficiente para afectar directa o potencialmente el cumplimiento de las funciones del Estado<sup>329</sup>.

Por último, es importante recalcar que en estos delitos el desencadenamiento fáctico que produce la conducta ilícita del funcionario público no conlleva ningún daño material constatable en la estructura en la que se asienta la organización funcionarial del Estado, pero sí ocasiona una perturbación de índole social al poner en peligro (aunque sea potencialmente) las expectativas legítimas que poseen los ciudadanos en cuanto a los beneficios que le reportan los servicios públicos, que en últimas constituye la situación de riesgo jurídicamente desaprobada que afecta el bien jurídico de la función pública.

---

<sup>328</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. op. cit. pág. 242.

<sup>329</sup> CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. *Corrupción y delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 128.



### Capítulo III

## LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

### POLÍTICA E INICIATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL CONTRA LOS INCREMENTOS PATRIMONIALES INJUSTIFICADOS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

#### 1. LOS INCREMENTOS PATRIMONIALES INJUSTIFICADOS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA Y SU RESPUESTA JURÍDICO-INTERNACIONAL.

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

La globalización ha hecho que los mercados, la prestación de servicios y los bienes se hayan incrementado, lo que ha traído efectos positivos como mayores cotas de bienestar e igualdad en ciertos países, pero también otros muchos negativos. En un mundo altamente globalizado la interacción de personas, empresas, instituciones y Estados nacionales e internacionales crece de manera rápida, generando condiciones extraordinarias para la aparición y desarrollo de comportamientos irregulares y sistemas de corrupción pública. Estas condiciones fueron muy bien aprovechadas por personas vinculadas a actividades criminales, lo que hizo posible en gran medida que la corrupción haya adquirido contornos a nivel internacional. En ese sentido, se ha pronunciado la ONU al sostener que en el contexto de la globalización, los delincuentes sacan partido de la fácil circulación de capitales, de los adelantos de la tecnología y del aumento de la movilidad de las personas y los productos, así como de la considerable diversidad de las disposiciones jurídicas de las diferentes jurisdicciones<sup>2</sup>. De esta manera, se ha evidenciado que en ambos niveles, tanto en el nacional como en el internacional, la lucha contra la corrupción ha adquirido prioridad con el consecuente esfuerzo de los Estados del mundo por concretar directrices colectivas que prevengan la delincuencia y favorezcan la transparencia y el Estado de Derecho.

---

<sup>1</sup> MANFRONI, Carlos. *The Inter-American convention against corruption*. Lexington Books. Año 2003. pág. 1; LOZANO, Juan; MERINO DINARI, Valeria. *La hora de la transparencia en América latina*. Transparencia Internacional Latinoamérica y el Caribe. Berlín. Año 1998. pág. 209; ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*. op. cit. pág. 243.

<sup>2</sup> *Guía legislativa para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Nueva York. Año 2004. pág. 41.

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

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

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

Es importante destacar que estos sujetos, al mismo tiempo de formar parte y ostentar una función dentro del Estado, participan y actúan en el tráfico económico de un país resultando de evidente importancia para el correcto funcionamiento del orden socioeconómico, la confianza y la transparencia de un Estado, que los bienes y capitales que circulan por el patrimonio de estas personas sean de carácter lícito y de acuerdo a sus posibilidades económicas. Es practica común que las organizaciones criminales recurran frecuentemente a la utilización de funcionarios públicos en sus operaciones ilícitas, ya que a través de ellos reducen sus riesgos, aumentan sus ganancias y tienen menos probabilidades de ser descubiertos, o también porque éstos tienen la

---

<sup>3</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *El Derecho penal en el ámbito internacional (Lección 6)*, en; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coordinador): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*. op. cit. pág. 163 “Junto a la delincuencia organizada, debe mencionarse a la corrupción política y de funcionarios, como un tipo de delincuencia específica de la globalización que cobra especial importancia. El éxito de toda esta macrocriminalidad internacional es difícilmente imaginable al margen de las burocracias administrativas estatales y, por ello, sin la cooperación de funcionarios y agentes estatales.

<sup>4</sup> NÚÑEZ GARCÍA-SAUCO, Antonio. *La convención de naciones unidas contra la corrupción*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *La corrupción en un mundo globalizado*. op. cit. pág.13.

<sup>5</sup> MANFRONI, Carlos. *Soborno transnacional*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Año 1998. pág. 26.

<sup>6</sup> PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2007. pág. 36.

posibilidad de obstruir procesos judiciales, de intimidar testigos y víctimas o, interferir en los procesos de cooperación internacional. De esta forma, se demuestra la íntima relación que existe entre el blanqueo de capitales y las redes de corrupción.

Una de las consecuencias que más representa a los actos de corrupción realizados por funcionarios públicos es la transferencia de activos que afectan sus patrimonios. Por “transferencia” puede entenderse como el paso o conducción de una cosa de un punto a otro, y de un modo más cercano a nuestro objeto de estudio, como remisión de fondos de una cuenta a otra, sea de la misma persona o diferentes. Estas transferencias, aparte de suponer un aumento patrimonial apreciable y repentino, posibilitan al funcionario la adquisición, utilización o administración de bienes que antes no poseía, que luego pueden ser convertidos en otros objetos o negocios jurídicos, todo ello, con el fin de dar apariencia legítima a esos bienes de origen criminal. Como es lógico, estas conductas no podrían llevarse a cabo sin la participación de los sistemas legales, puesto que los funcionarios corruptos se benefician de las herramientas jurídicas previstas en los ordenamientos jurídicos, y de esta manera consiguen ocultar el origen ilícito de los bienes que entran a su patrimonio, encubriendo así a otras personas que han participado en la comisión de delitos previos o dejan impunes las consecuencias de sus propios actos ilícitos. Estas circunstancias han coadyuvado a dificultar el descubrimiento del carácter ilícito de los capitales provenientes de los actos de corrupción y a tornar ineficaces las políticas internas de los Estados sobre la material<sup>7</sup>.

Ante esta situación los organismos supranacionales preocupados por las consecuencias indeseables que producen las constantes transferencias de activos de origen ilícito, tomaron conciencia sobre sus efectos y se propusieron a crear instrumentos jurídicos a nivel internacional que contemplen medidas tendientes a prevenir, detectar y perseguir estos actos y activos ilícitos, como también sus infractores. Por impulso de la ONU se adoptó en el año 2003 la CNUCC cuyo preámbulo expresa que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, requiriéndose un enfoque amplio y multidisciplinario para su prevención y combate. La política criminal de este convenio está dirigida en gran medida a perseguir los bienes obtenidos ilícitamente a través de los actos de corrupción, y entre sus medidas se encuentra la tipificación del blanqueo de capitales o lavado de dinero, siendo conocido este hecho como el proceso o conjunto de operaciones mediante el cual se intenta ocultar el origen ilícito de bienes o dinero resultante de actividades delictivas, con el fin de integrarlos en el sistema económico y financiero, y así darles una apariencia lícita<sup>8</sup>. Estas operaciones de ocultamiento se desarrollan en el contexto de cualquier delito, pero asumen especial importancia en el tráfico ilícito de armas y drogas, en el contrabando y en la corrupción pública, ya que posibilitan a las organizaciones criminales la obtención de grandes sumas de dinero que luego son utilizadas en la consecución de sus fines sin despertar sospechas sobre su origen ilícito.

No obstante, la CNUCC contempla de igual forma que la CICC otra conducta penal que persigue la obtención de bienes ilícitos derivados de actividades criminales cuyo campo de

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

<sup>8</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Recepción de las propuestas del GAFI y de las directivas europeas sobre el blanqueo de capitales en el Derecho español*, en: Bajo Fernández, Miguel; Bacigalupo, Silvina (Coordinadores): Política criminal y blanqueo de capitales. Editorial Marcial Pons. Año 2009. pág. 23; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Editorial Codex. Madrid. Año 1998. pág. 76.

aplicación se circunscribe de forma más específica al ámbito de la corrupción pública, cual es el delito de enriquecimiento ilícito. La especialidad de esta figura criminal radica en que tiene como sujeto activo a un funcionario público que es tentado a corromperse por otros sujetos u organizaciones criminales, o es el mismo funcionario quien se corrompe en atención a unos intereses particulares que hacen que se desvíe de los deberes y obligaciones de su cargo público. Este rasgo hace que el enriquecimiento ilícito se diferencie de otras figuras que persiguen la propiedad, tenencia, transferencia y ocultación de activos ilícitos, ya que éstas no reducen su ámbito de aplicación a un grupo de posibles sujetos especiales (funcionarios públicos), sino que se extiende a cualquier sujeto posible o grupo organizado criminal. Este delito castiga a todo funcionario público que no puede justificar los excesivos incrementos producidos en su patrimonio por la adquisición de bienes o introducción de activos que no guardan una relación económica razonable con sus ingresos legítimos.

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

Para comprender este delito cabe señalar que sería el resultado de dos hechos delictivos entrelazados, un hecho anterior con el cual el sujeto obtiene capitales indebidos y supone un acto de corrupción enmarcado en cualquiera de los delitos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, pero que no puede ser descubierto; y otro posterior, con el que el sujeto introduce esas rentas ilícitas a su patrimonio, bien sea tal como las recibió o, bien transformándolas en bienes de diversa índole<sup>10</sup>. La imposibilidad de descubrimiento y persecución judicial del hecho generador de la riqueza ilícita es otro rasgo trascendental del enriquecimiento ilícito que lo diferencia del blanqueo de capitales, puesto que en éste último es necesario si no existe un sentencia firme que acredite un determinado delito previo, por lo menos la prueba circunstancial e indiciaria que haga inferir su existencia. Por lo tanto, en el enriquecimiento ilícito el hecho previo es siempre indeterminado.

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

<sup>10</sup> Una vez cometidos los hechos de corrupción el funcionario se encuentra con una gran cantidad de dinero, pero a diferencia de las organizaciones criminales, éste no tiene la infraestructura necesaria para realizar el complicado proceso que constituye el lavado de activos. La acumulación de papel moneda confiere un gran problema al funcionario ya que sólo puede gastarlo en transacciones económicas de poca cuantía sin que levante sospechas sobre su procedencia ilícita. De ahí que la única solución que posee el funcionario corrupto es transformar dichos fondos ilícitos en otros activos más cómodos que luego serán introducidos en su patrimonio o en los de sus allegados, gracias a los mecanismos que le ofrece el sistema jurídico. En este sentido, Vid: BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *Iniciativas internacionales en la lucha contra el blanqueo*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *Corrupción y delincuencia económica*. Editorial Ibañez. Bogotá. Año 2008. pág. 298.

Asimismo, la CNUCC demuestra claramente la necesidad de que este delito tenga un tratamiento a nivel global como importante herramienta jurídica contra la corrupción, no sólo al incluirlo en el art. 20 como medida represiva a ser tipificada por los países signatarios, sino también al establecer en su preámbulo de que los países parte están convencidos de que el enriquecimiento personal ilícito de los funcionarios puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley. Sin embargo, tal como menciona BLANCO CORDERO, el problema fundamental que plantea el delito de enriquecimiento ilícito es su compatibilidad con las normas de derechos humanos por vulnerar la presunción de inocencia al invertir la carga de la prueba en contra del funcionario, que es quien debe probar que los bienes que posee tienen un origen lícito, y si no lo hace resulta sancionado penalmente<sup>11</sup>. La propia convención ha sido consciente de la posibilidad de que este delito pueda no ajustarse a los principios constitucionales y democráticos de los respectivos países, de ahí que haya sido previsto en una norma de aplicación condicionada –es decir, no obligatoria directamente al momento de su ratificación– por una cláusula de salvaguarda que expresa que cada Estado de acuerdo a su Constitución y a los principios fundamentales que rigen su ordenamiento jurídico, considerará la posibilidad de tipificar al enriquecimiento ilícito como delito. Esta circunstancia había sido considerada con anterioridad por la CICC, incluyendo esta misma cláusula condicional al acto de corrupción de enriquecimiento ilícito previsto en el art. IX del citado cuerpo normativo, a los efectos de que cada Estado latinoamericano ratificante considere previamente si esta figura se adecua a su Constitución y a los principios que rigen su ordenamiento jurídico antes de ser tipificada en su legislación penal.

A pesar de las posibles incompatibilidades constitucionales que pudiera acarrear, el delito de enriquecimiento ilícito ha tenido una notable fama en los países latinoamericanos, siendo algunos de ellos los verdaderos impulsores de su proyección e inclusión en las CICC y CNUCC. De hecho, muchos de estos países ya tenían tipificado este delito en sus ordenamientos penales mucho tiempo antes de la sanción de los citados instrumentos internacionales, como Paraguay (1940), El Salvador (1959), Argentina (1964), Perú (1981), Colombia (1984), entre otros. Lo cierto es que este delito ha perdurado en el tiempo y actualmente es una herramienta jurídica relevante contra la corrupción, hasta algunos países han referenciado en sus constituciones al enriquecimiento injustificado de los funcionarios públicos<sup>12</sup>, tanto para legitimar toda disposición que tenga por fin prevenir este hecho, como también para ocultar o alivianar las duras críticas que recibe por parte de la doctrina acerca de su constitucionalidad<sup>13</sup>.

## **2. PRINCIPALES DOCUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE CORRUPCIÓN QUE INCLUYEN AL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO**

Conscientes de que los enriquecimientos patrimoniales injustificados de los funcionarios públicos constituyen un grave problema para todos los países y sus democracias, las distintas organizaciones internacionales han aceptado la necesidad de otorgar una respuesta contundente a estos hechos socialmente indeseables más allá de los contornos nacionales promoviendo la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito a través del Derecho Internacional. Sin embargo, y a pesar de que en la actualidad existen instrumentos internacionales regionales y

<sup>11</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro. *Armonización-aproximación de las legislaciones en la unión europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito*, en: Arangüena Fanego, Coral (Directora): Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Editorial Nova. Valladolid. Año 2010. pág. 369.

<sup>12</sup> Las constituciones de Argentina (art. 36), Colombia (art. 34), El Salvador (art. 240) y México (art.109) incluyen disposiciones que hacen referencia a los incrementos patrimoniales indebidos de los funcionarios públicos.

<sup>13</sup> SAUMELL, María Fernanda; CONTI, Néstor Jesús. *El delito de enriquecimiento ilícito y una profusa violación a las garantías y principios constitucionales*, en: Ferrara, Juan Alberto (Director): Temas de Derecho penal argentino. Editorial La Ley. Buenos Aires. Año 2006. pág. 802.

universales que prevén esta figura penal, no puede negarse el carácter controvertido de la misma en la comunidad internacional ya que muchas iniciativas sobre corrupción no la han previsto en sus textos, tal como ocurre en varios convenios relevantes sobre la materia impulsados por el Consejo de Europa y la Unión Europea que no exigen ni proponen su tipificación.

La falta de aceptación global del delito de enriquecimiento ilícito demuestra las reticencias y desacuerdos que han existido en algunas organizaciones internacionales acerca de las supuestas virtudes político criminales que depara su tipificación como delito, en contrapartida a otras figuras penales cuya inclusión en los convenios internacionales ha sido más pacífica, como el cohecho y el blanqueo de capitales, que sí han tenido un amplio consenso y respaldo político por parte de la comunidad internacional. Esta circunstancia se aprecia en el hecho de que estas conductas delictivas se encuentran prácticamente en todas las iniciativas supranacionales sobre corrupción y las normas que las contemplan obligan a los países firmantes a tipificarlas en su derecho interno una vez realizado el acto de ratificación, exigencia que no ocurre con el delito de enriquecimiento ilícito por ser considerada en los convenios que la incluyen como una medida cuya tipificación debe ser considerada por los Estados, es decir, se sustenta en una norma de aplicación condicionada.

Además, cabe destacar que en las iniciativas internacionales que sí contemplan el delito de enriquecimiento ilícito (CICC, CUAC y CNUCC), su inclusión no ha estado exenta de polémicas debido a la controvertida constitucionalidad y cuestionada naturaleza jurídica que presenta su tipo penal, por lo que desde un principio no tuvo una acogida favorable de todos los Estados que participaban en las discusiones previas a la redacción del texto definitivo de dichos instrumentos. Sólo se pudo lograr un consenso cuando las partes pactaron introducir una cláusula de salvaguarda en el precepto que define el enriquecimiento ilícito que exime a los Estados dar cumplimiento efectivo a lo dispuesto en él, siempre y cuando la tipificación de este delito conlleve un grave conflicto con los principios fundamentales de su ordenamiento interno. De esta manera, puede decirse que la previsión de la cláusula de salvaguarda ha permitido la proyección internacional del cuestionado delito de enriquecimiento ilícito.

## **2.1. Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC).**

En el contexto latinoamericano la CICC constituye el primer tratado internacional vinculante en la historia en materia de corrupción y el primero en contemplar al delito de enriquecimiento ilícito como mecanismo preventivo contra este fenómeno<sup>14</sup>. Este documento jurídico internacional fue elaborado a instancias de la Organización de Estados Americanos (OEA) y aprobada el 29 de marzo de 1996 en la ciudad de Caracas (Venezuela), siendo firmado por 23 Estados miembros, aunque abierta a otros países ajenos a la organización<sup>15</sup>.

Es tanta la importancia que ha recibido este instrumento jurídico que gracias al interés y apoyo por parte de los Estados y gobiernos de la región americana ha ejercido una notable influencia en la posterior adaptación de acuerdos internacionales sobre la materia. Partiendo del hecho de que América Latina históricamente ha sido un espacio geográfico que ha funcionado como caldo de cultivo fértil para las prácticas corruptas<sup>16</sup>, los Estados de la región reconocieron

<sup>14</sup> *Talleres de divulgación e implementación de la convención interamericana contra la corrupción*. Universidad Pontificia Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá. Año 1999. pág. 22. Para HUBER una de las particularidades de la CICC es que este convenio va más allá del acuerdo básico sobre la punibilidad del cohecho pues incluye el enriquecimiento ilegítimo que consiste en un aumento repentino de los bienes de un funcionario cuya procedencia no puede aclarar y que por ello es punible (HUBER, Bárbara. *La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional*. op. cit. pág. 42).

<sup>15</sup> Entró en vigor el 6 de marzo de 1997. El Paraguay la aprobó e introdujo a su ordenamiento positivo mediante la Ley N° 977/96.

<sup>16</sup> MENDONCA, Daniel. *Un estudio sobre la corrupción en el Paraguay*. op. cit. pág. 9.



que la corrupción no es un problema interno de cada gobierno, si no que es un problema de trascendencia internacional cuya erradicación o disminución debería realizarse mediante acciones conjuntas y colectivas. Este anhelo de los pueblos latinoamericanos hizo posible la negociación y adopción del citado tratado mediante el cual el conjunto de Estados de la OEA asumieron el compromiso político y jurídico de enfrentar el flagelo de la corrupción y prestarse la más amplia asistencia mutua, lo que constituyó todo un hito en ese campo<sup>17</sup>. Así, el preámbulo de la CICC consagra que los Estados suscriptores tomarán todas las medidas necesarias y apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados a su ejercicio, así como a los bienes productos de dichos ilícitos.

El valor indiscutible de la convención radica en que recoge un importante listado de medidas preventivas de carácter no penal dirigidas a los funcionarios para el correcto desempeño de sus cargos públicos entre las que se destacan normas de conducta funcionariales, declaraciones patrimoniales de bienes y rentas, sistemas de contratación de bienes y servicios, controles contables; y por otro lado, se centra fundamentalmente en la definición uniforme de los actos de corrupción en la medida de lo posible con criterios claros, todo ello, para la persecución efectiva de estos hechos. Sin embargo, la corrupción contemplada en la CICC es exclusivamente aquella que tiene lugar en la función pública, es decir, se enfoca a la corrupción pública, no abordando la corrupción en el sector privado<sup>18</sup>.

En cuanto a su estructura, la convención consta de 28 artículos, además de un preámbulo. Tales artículos no se encuentran divididos en títulos, capítulos o secciones, por lo que cualquier clasificación de sus normas no tiene su origen en el texto. Según LAGOS en el cuerpo normativo de la convención pueden distinguirse: a) normas dirigidas al plano interno (medidas preventivas, art. III), b) aquellas que tienen un carácter obligatorio o facultativo (actos de corrupción, arts. VI al IX), c) las que rigen para el ámbito multilateral (arts. XIV al XVI) y d) incluso podría añadirse una categoría adicional para las disposiciones destinadas a promover el desarrollo progresivo concebidas como un mecanismo de perfeccionamiento continuo de los compromisos adoptados (art. XI)<sup>19</sup>.

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

El art. IX de la CICC contempla como acto de corrupción al delito de enriquecimiento ilícito expresando: “Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él”

La inclusión de esta figura penal a la convención fue propuesta por el corresponsal del Estado argentino y apoyada por varios representantes como los de Perú, Venezuela, México y Colombia, pero encontró resistencia en los países de tendencia anglosajona cuyos representantes sostenían que este delito podría tener problemas de constitucionalidad. En un principio la propuesta que obtuvo más adeptos fue la de Colombia que definía al enriquecimiento ilícito

<sup>17</sup> GAVIRIA, César. *La OEA. 1994-2004 Una década de transformación*. Editorial OEA. Washington. Año 2004. pag. 169.

<sup>18</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís. *Iniciativas internacionales contra la corrupción*. CIVC N° 17. Año 2003. pág. 13.

<sup>19</sup> LAGOS, Enrique. *El futuro de la convención interamericana contra la corrupción*. Conferencia sobre transparencia y desarrollo en Americana Latina y el Caribe. Banco Interamericano de Desarrollo. Año 2000. pág.3. Vid: <http://www.iadb.org/leg/Documents/Lagos%20Spa.pdf>.

como “el incremento injustificado obtenido por una persona que ejerce una función pública, por razón de su posición o cargo, y en detrimento del patrimonio del Estado”, sin embargo, fue rechazada debido a los problemas que podía generar la prueba del detrimento patrimonial del Estado, puesto que un funcionario no siempre tiene a su disposición fondos públicos y además puede enriquecerse personalmente a través de actividades que no se relacionan con su cargo público<sup>20</sup>. Después de varias conversaciones fuera de las discusiones generales se llegó a un acuerdo con los países de tendencia anglosajona, aceptándose el cuestionado precepto con la exclusión del detrimento patrimonial del Estado como elemento del delito y con la inclusión de una salvaguarda constitucional (con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico).

### **2.1.2. Requisitos objetivos.**

De la lectura del art. IX de la CICC, se observa que la conducta que describe el acto de enriquecimiento ilícito posee tres requisitos objetivos que deberán ser tenidos en cuenta por los Estados que decidan tipificarlo como delito o en su reforma si ya lo tenían anteriormente previsto en su legislación penal. Estos son: 1) que exista un incremento del patrimonio de un funcionario público, 2) que este incremento resulte excesivo respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y 3) que no pueda ser razonablemente justificado.

#### **2.1.2.1. Incremento del patrimonio de un funcionario público.**

Se entiende que un funcionario ha incrementado su patrimonio cuando éste experimenta una ventaja por la adquisición de una cosa o derecho (en referencia a todos los derechos reales y personales en sentido amplio), como así también por la transformación de las cosas que ya poseía y que le resulta una plusvalía en su valor original. Es decir, a los efectos de la convención resulta necesaria la modificación de la parte activa del patrimonio a causa del ingreso de uno o varios bienes que pueden ser materiales (inmuebles, vehículos, dinero) o inmateriales (acciones, títulos bancarios o servicios), no siendo compatible con el término “enriquecerse” otros signos de riqueza tal como es el caso de un excesivo gasto personal<sup>21</sup>. Esta omisión puede objetarse a los redactores de la convención pues el enriquecimiento no sólo se considera verificado de forma positiva, sino también evitando la disminución del patrimonio por medio de la cancelación de deudas o por gastos desmedidos, suntuosos o modos de vida desacordes con la realidades económicas del sujeto.

El enriquecimiento patrimonial queda generalmente al descubierto cuando el funcionario no hace costar los movimientos y adquisiciones de capital que realiza en su declaración jurada de bienes, a pesar de que su actualización anual es una obligación legal que se corresponde con el ejercicio del cargo público. La declaración jurada destaca como medio probatorio en los casos de corrupción y especialmente en la persecución del enriquecimiento ilícito, pues los indicios que hacen surgir un supuesto incremento patrimonial injustificado normalmente se exteriorizan de forma total o parcial en la prueba documental de las declaraciones y de los exámenes de las mismas. Por eso, este documento es de gran importancia en el combate contra la corrupción, porque en términos generales los actos corruptos son difíciles de comprobar, por lo que el descubrimiento de los mismos se realiza a través de datos o evidencias indiciarias que la propia declaración ofrece a los investigadores cuando su contenido no guarda relación con la entidad real y manifiesta del patrimonio del funcionario<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> MANFRONI, Carlos. *The Inter-American convention against corruption*. op. cit. pág. 68.

<sup>21</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 121.

<sup>22</sup> En ese sentido, destaca VOLOSIN que el control de la evolución patrimonial de los funcionarios mediante el sistema de declaraciones juradas puede ser muy significativo si se lo utiliza para generar sinergias con la investigación judicial del enriquecimiento ilícito (VOLOSIN, Natalia. *Medidas para prevenir y detectar transferencias del producto de la corrupción pública en la Argentina. III Medidas para controlar el incremento*

Queda claro que para la detección de los incrementos patrimoniales de los miembros de la función pública, el Estado debe tener un organismo público de control eficiente que registre las declaraciones juradas y que además tenga a su cargo la proyección de su contenido, debiendo contener de manera general la nómina detallada de los ingresos legales y bienes propios del declarante en el país o en el extranjero, los bienes de su cónyuge o conviviente y de los hijos menores si los hubiere, como así también el detalle pormenorizado de sus deudas y gastos<sup>23</sup>.

De lo expuesto puede afirmarse que el delito de enriquecimiento ilícito guarda una estrecha relación con la declaración jurada de bienes y rentas, es más, existen tipos penales como el previsto en el art. 401 del código penal de Perú que lo integra como parte del mismo. Además, es importante destacar que la declaración jurada de bienes y rentas es una medida preventiva innovadora que ha sido incluida en el art. III. 4. de la CICC<sup>24</sup>, siendo considerada un mecanismo que no sólo ayuda a que los actos estatales cumplan con los principios de publicidad y transparencia, sino también previene hechos de corrupción pública y fortalece el correcto y adecuado cumplimiento de las funciones públicas<sup>25</sup>. En este sentido manifiesta MANFRONI que el delito de enriquecimiento ilícito combinado con un buen sistema de declaración jurada de bienes que incluya todo el movimiento patrimonial del funcionario (donaciones, venta, locación, adquisición de bienes, etc.), es un arma extremadamente útil para combatir la corrupción y el lavado de dinero<sup>26</sup>.

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

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

---

*patrimonial de los funcionarios públicos*, en Jorge, Guillermo (Director): Recuperación de activos de la corrupción. Editorial Del Puerto. Buenos Aires. Año 2008. pág. 301.

<sup>23</sup> CÁRDENAS, Emilio; CHAYER, Héctor. *Corrupción judicial. Mecanismos para prevenirla y erradicarla*. Editorial la Ley. Buenos Aires. Año 2005. pág. 72.

<sup>24</sup> Art. III de la CICC: “A los fines expuestos en el Artículo II de esta convención, los Estados partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: 4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda”.

<sup>25</sup> CÁRDENAS, Emilio; CHAYER, Héctor. *Corrupción judicial. Mecanismos para prevenirla y erradicarla*. op. cit. pág. 70 “El tema de la información pública, su accesibilidad y disponibilidad ocupa un lugar cada vez más importante en las agendas de las sociedades democráticas, por su importancia para generar un entorno de transparencia. Simultáneamente, la rendición de cuentas de modo amplio y público, tanto a nivel institucional, como de cada uno de los miembros de los tres poderes del Estado, es un mecanismo preventivo crucial”. Por otro lado, no falta autores quienes sostienen que los Estados, conformes a sus objetivos, dirigen la aplicación de la declaración jurada de bienes y rentas a uno de estos dos enfoques. De esta manera, existen países que la usan en función de un propósito de transparencia en las funciones de los empleados públicos como es el caso de los Estados Unidos y Argentina, y aquellos que utilizan la declaración fundamentalmente como instrumento para detectar el enriquecimiento ilícito como es el caso de los países centroamericanos y Colombia (PIZA RODRÍGUEZ, Julio. *Ley modelo sobre declaración de ingresos, pasivos y activos por parte de quienes desempeñan funciones públicas*. OEA. Vid: [www.oas.org/juridico/spanish/preventivas/guate\\_docs/Dr.\\_Julio\\_Roberto\\_Piza\\_Rodríguez.htm](http://www.oas.org/juridico/spanish/preventivas/guate_docs/Dr._Julio_Roberto_Piza_Rodríguez.htm)).

<sup>26</sup> MANFRONI, Carlos. *The Inter-American convention against corruption*. Op. Cit. Pág. 69.

el ejercicio de su cargo, y mediante la correspondiente pericia técnico-contable se determinará si los bienes que el funcionario ha ingresado a su patrimonio se corresponden con la evolución económica normal de sus bienes y rentas conocidas<sup>27</sup>. En caso contrario, si se demuestra que el valor de dichos bienes es superior a los ingresos legales que posee el funcionario, se tendría que probar –además– que dicha diferencia es “apreciable o excesiva”. De esta manera, a los efectos de la convención, serían atípicos los incrementos patrimoniales cuyo valor exceda de forma mínima desde la perspectiva de la capacidad económica del funcionario público<sup>28</sup>.

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

Además, la norma prevista en el art. IX de la CICC establece un espacio temporal en el que debe materializarse el incremento patrimonial: durante el ejercicio de las funciones públicas. Como puede observarse, la convención establece un ámbito temporal específico que comprende el periodo que va desde que el funcionario hace posesión de su cargo, hasta que cesa en sus funciones. Esta decisión parte de la consideración de que si el funcionario público incrementa excesivamente su patrimonio fuera de sus posibilidades económicas durante el ejercicio de su cargo, es porque se presume que dicho aumento de riqueza fue posible gracias a las ganancias indebidas provenientes de actos ilícitos en los que utiliza su cargo público. Sin embargo, los legisladores nacionales latinoamericanos han adoptado tres enfoques en la determinación del ámbito temporal penalmente relevante: uno coincidente con el ejercicio de las funciones públicas (adoptado por la mayoría), otro abarcado por un término limitado después de haber cesado el agente sus funciones, y por último, un criterio más amplio. En relación a estos dos últimos criterios puede citarse a los Estados de Argentina y Colombia que han ampliado el periodo de imputación del enriquecimiento excesivo del funcionario público a momentos posteriores de la finalización de las funciones públicas. El tipo penal de enriquecimiento ilícito en estos países posibilita que la investigación de las modificaciones patrimoniales significativas de los funcionarios se amplíe hasta dos años en el caso argentino y hasta cinco años en el colombiano<sup>29</sup>, después de que el sujeto haya cesado en sus funciones.

### **2.1.2.3. Que no pueda ser razonablemente justificado.**

El último requisito que integra la figura del enriquecimiento ilícito es el que más controversias ha generado al momento de su tipificación dentro de la comisión redactora. Según la convención, no sólo hace falta que el excesivo incremento experimentado por el patrimonio del funcionario no guarde relación con sus ingresos legítimos, sino que se requiere, además, que esta desproporción no pueda ser justificada razonablemente a través de una probada y creíble

<sup>27</sup> FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho penal*. Tomo VII. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Año 1971. pág. 357 “Para determinar el carácter del enriquecimiento se deberá realizar el análisis de la proporción que resulte al relacionar el volumen del enriquecimiento con las entradas y bienes de fortuna que se le conocen al funcionario; de modo que el aumento pueda ser considerado como normal o no en la evaluación económica de ese patrimonio”.

<sup>28</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 209.

<sup>29</sup> Vid: art. 268 del CP argentino y art. 412 del CP colombiano.

explicación (que unos amigos pudientes hayan concedido un préstamo en largas y cómodas cuotas fácilmente ajustables a la realidad económica del funcionario), o por alguna fuente lícita debidamente comprobada (por ejemplo, donación, herencia, legado o adjudicación judicial).

La razón de la inclusión de este elemento normativo radica en la posibilidad de que los bienes que incrementaron el patrimonio del funcionario hayan podido ser en verdad adquiridos por el funcionario por medio de alguna fuente económica que no consignó en su declaración jurada de bienes (que en todo caso podría constituir una falta administrativa leve o grave según el ordenamiento disciplinario), desvirtuando la sospecha de cualquier origen espurio de esos bienes y justificando su posesión lícita cuando así le sea requerido. Por ejemplo, se podría descubrir que un funcionario ha adquirido un automóvil lujoso cuyo valor ronda los 50.000 euros, siendo en principio imposible que pueda solventarlo con la retribución que recibe del Estado. Sin embargo, al ser requerido su justificación puede bien acreditar mediante sentencia de adjudicación que el automóvil lo obtuvo a través de un juicio sucesorio.

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

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

La comisión redactora ha hecho bien en incluir en su texto al art. XII cuyo contenido normativo tiene una relevante conexión con todos los delitos previstos en la convención, y especialmente, con el delito de enriquecimiento ilícito. Este precepto expresa: “Para la aplicación de esta convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado”. La disposición de este precepto ha sido tenida en cuenta en la redacción del delito de enriquecimiento ilícito previsto en el art. IX, ya que describe una conducta peligrosa para la función pública que se exterioriza en el injustificado incremento patrimonial de un funcionario público, no requiriendo para su consumación un detrimento patrimonial al Estado.

La posible razón que ha llevado a que el detrimento patrimonial estatal no constituya un elemento objetivo de delito de enriquecimiento ilícito, sería la difícil demostración de la relación de causalidad entre el enriquecimiento del funcionario y un acto ilícito que produzca un detrimento patrimonial al Estado, pues casuísticamente el funcionario puede enriquecerse por medio de un sinnúmero de actividades lícitas e ilícitas. Además, si se llegase a demostrar que el incremento patrimonial tuvo su origen en un acto ilícito que tuvo como resultado la obtención indebida de caudales públicos (en detrimento de las arcas públicas), el delito de enriquecimiento

<sup>30</sup> MIKKELSEN-LOTH, Jorge. *Enriquecimiento ilícito*. Editorial La Ley. Buenos Aires. Año 2001. pág. 52.

<sup>31</sup> El derecho a abstenerse a declarar forma parte del derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable dispuesto en los arts.8.g. de la CADH y 14.3.g. de la PIDCP.

ilícito sería desplazado por otros delitos contra las funciones públicas cuyo injusto castigo tanto la deshonestidad del funcionario como el perjuicio económico al Estado, tal como lo hace el delito de malversación de caudales públicos<sup>32</sup>.

Como se ha señalado anteriormente, el art. IX peca al tener en cuenta solamente el enriquecimiento en su modalidad positiva (ingreso efectivo de bienes al patrimonio), omitiendo referencia alguna sobre el enriquecimiento negativo que consiste en evitar la disminución del patrimonio por la cancelación de deudas u obligaciones contraídas. Así, podría darse el caso de un funcionario que pudo haber contraído préstamos a plazos cuyas cuotas las iban pagando mensualmente a medida que percibía sus remuneraciones legales, pero posteriormente se descubre que ha cancelado todas sus deudas de una sola vez, lo cual resulta razonablemente inviable debido a que su remuneración estatal o, en su caso, la totalidad de sus ingresos, no tenía la capacidad suficiente para pagar totalmente sus deudas. Actualmente existe consenso en entender que un patrimonio se enriquece cuando su titular logra eliminar las cargas (deudas u obligaciones) que gravan a sus activos, manteniendo incólume su acervo patrimonial. Es por ello que las citadas modalidades (activa y pasiva) deberían haber sido conductas equiparables de enriquecimiento a los efectos del tipo penal previsto en el art. IX de la convención.

Por último, cabe señalar que el departamento jurídico interamericano, ante las dudas que suscitaba la tipificación del soborno transnacional y del enriquecimiento ilícito (delitos que están condicionados a ser incluidos en la legislación interna de los Estados por una cláusula de salvaguarda), aprobó el 22 de agosto de 1998 la “Legislación modelo sobre enriquecimiento ilícito y soborno transnacional”, con dos artículos que exclusivamente se enfocan al soborno transnacional, aclarando qué ha de entenderse por soborno transnacional, por funcionario público, por función pública, qué tipo de sanciones deben imponerse a los responsables de este delito, como también, otras cuestiones relativas a aspectos jurisdiccionales, de asistencia y cooperación internacional<sup>33</sup>. Sin embargo, dicho documento no dice nada, ni contempla precepto alguno sobre la tipificación del enriquecimiento ilícito, a pesar de que su contenido expresa que es un guía para el legislador sobre la aplicación de este delito<sup>34</sup>. No se sabe ciertamente porqué la citada dependencia de la OEA creó un documento que no refiere precepto alguno sobre uno de los preceptos que indican su objeto y contenido, pero lo cierto es que este instrumento jurídico carece de disposiciones sobre aplicación e interpretación del delito de enriquecimiento ilícito, que en caso contrario, hubiera contribuido a una mejor determinación típica en las legislaciones internas y a disipar en cierto modo las controversias y criterios dispares que existen sobre esta figura delictiva en la doctrina.

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

Los antecedentes de la CNUCC pueden encontrarse en la magnitud que habían adquirido la delincuencia organizada transnacional y la corrupción a nivel mundial. A comienzos del siglo XXI, la ONU había hecho enormes esfuerzos para contrarrestar los efectos nocivos de estos fenómenos a través de la creación de instrumentos jurídicos de carácter global, entre los que se destaca la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada firmada en el año 2000 en Palermo (Italia). Poco tiempo después, la asamblea general aprueba la resolución 55/61 en la cual se reconoce la conveniencia de contar con un instrumento jurídico internacional

<sup>32</sup> Este delito no ha sido contemplado en el CPPyo 1997, por lo que la conducta punible que se aplicaría en defecto a este caso sería el delito de peculado previsto en el art. 4 de la Ley N° 2.880/06 “Que reprime hechos punibles contra el patrimonio del Estado”.

<sup>33</sup> BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *Notas sobre la Corrupción Transnacional. Sus efectos y su combate*. op. cit. pág.247.

<sup>34</sup> Esta afirmación puede corroborarse observando el texto del documento “Legislación modelo sobre enriquecimiento ilícito y soborno transnacional” emitido por el comité jurídico interamericano dependiente de la OEA. Vid: <http://www.oas.org/juridico/spanish/legmodel.htm>.

contra la corrupción independiente de la convención de Palermo. Asimismo, en el mismo documento se solicita al secretario general que constituya un grupo intergubernamental de expertos que examine, prepare y negocie el proyecto del futuro instrumento jurídico contra la corrupción<sup>35</sup>. El resultado de las negociaciones fue la adopción y firma en la ciudad de Mérida (México) de la CNUCC el 31 de octubre de 2003<sup>36</sup>.

La CNUCC constituye el primer instrumento jurídico internacional de carácter universal que establece políticas preventivas, represivas y de cooperación contra la corrupción pública y privada<sup>37</sup>, tanto doméstica como internacional. Este instrumento expresa la política mundial contra la corrupción estableciendo una serie de estrategias amplias dirigidas a los sectores políticos, sociales y económicos de nuestras sociedades. Estas estrategias tienen como objetivo la inclusión y activa participación de todas las instituciones de los Estados en la lucha contra la corrupción, ya sean las entidades fiscalizadoras superiores, los ministerios públicos, la policía, las instituciones de supervisión financiera, la administración pública, el sector privado y la sociedad civil.

La convención esta compuesta por 71 artículos y se estructura en ocho capítulos, siendo los siguientes: 1) disposiciones generales, 2) medidas preventivas, 3) penalización y aplicación de la ley, 4) cooperación internacional, 5) recuperación de activos, 6) asistencia técnica e intercambio de información, 7) mecanismos de aplicación y 8) disposiciones finales. En relación a su normativa, los legisladores nacionales y los encargados de introducir las políticas dispuestas en la convención deben tener presente que dicho documento ha establecido un orden de prioridad en sus disposiciones, ya que no todas tienen el mismo grado de obligación. En general, las disposiciones pueden agruparse en tres categorías: a) medidas obligatorias, que consisten en obligaciones de legislar, b) medidas que los Estados parte deben considerar o procurar aplicar y c) medidas que son facultativas<sup>38</sup>.

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

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

<sup>35</sup> Resolución de la asamblea general de la ONU-A/RES/51/61 de fecha 4 de diciembre de 2000, “Un instrumento jurídico internacional contra la corrupción”.

<sup>36</sup> Entró en vigor el 14 de junio de 2004. El Paraguay la aprobó e introdujo a su ordenamiento positivo mediante la Ley N° 2535.

<sup>37</sup> Uno de los rasgos novedosos de la convención es que prevé medidas legislativas para combatir a la corrupción privada las cuales se encuentran enumeradas en su art. 12. La razón de este precepto es el reconocimiento de que hoy en día el fenómeno de la corrupción ha superado lo público para introducirse en el sector privado, especialmente, el relacionado con las bases del sistema económico de los Estados. Por ello se insta a los Estados parte de la convención a adoptar medidas civiles, administrativas y la sanción de tipos penales para la combatir la corrupción privada con la finalidad de contrarrestar las distorsiones que este fenómeno produce en los principios de apertura y libertad de los mercados, en la competencia legal y en la transparencia del comercio internacional. Según un informe del Instituto Max Planck se puede distinguir hasta cuatro perspectivas diferentes de la corrupción privada: 1) la laboral, 2) la que se efectúa a partir del derecho de la competencia, 3) la que se centra en las implicaciones penales del proceso de privatización de la administración y 4) la que atiende a los aspectos patrimoniales de la corrupción (NIETO MARTÍN, Adán. *La corrupción en el sector privado*. op. cit. pág. 56).

<sup>38</sup> *Guía legislativa para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la corrupción*. Naciones Unidas. Nueva York. Año 2006. pág. 26

internacional implica la extensión al mismo de las consecuencias jurídicas de todas las instituciones que incluye como son la prescripción, la incriminación de los diversos grados de participación, la cooperación internacional y la recuperación de activos.

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

### **2.2.2. Consideraciones acerca de los requisitos objetivos.**

El art. 20 de la CNUCC expresa: “Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”.

Como puede observarse, los redactores de la CNUCC han descrito al acto de corrupción de enriquecimiento ilícito siguiendo el mismo criterio adoptado en el art. IX de la CICC, salvo con algunas diferencias puntuales. En cuanto a las semejanzas, el injusto del tipo penal descansa de la misma forma que el art. IX en tres requisitos objetivos: 1) el incremento significativo del patrimonio del funcionario, 2) respecto de sus ingresos legítimos y 3) que no pueda ser razonablemente justificado por él<sup>39</sup>. Así también, introduce una cláusula de salvaguarda (con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito) que funciona a modo de filtro con respecto a las obligaciones de los Estados parte en caso de que existan normas constitucionales o fundamentales en conflicto con esas obligaciones<sup>40</sup>.

Esta cláusula otorga a la norma prevista en el art. 20 la categoría de “medida cuya aplicación debe ser considerada por los Estados”, y se justifica en la posibilidad de que la construcción jurídica del delito de enriquecimiento ilícito tal vez pueda estar en contradicción con normas y principios constitucionales de los Estados partes al momento de su introducción a

<sup>39</sup> De acuerdo a que el art. 20 de la CNUCC posee básicamente el mismo contenido normativo que el previsto en el art. IX de la CICC, nos remitimos a los comentarios que hemos realizado en los apartados 2.1.2.1, 2.1.2.2. y 2.1.2.3 del presente capítulo.

<sup>40</sup> *Guía legislativa para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la corrupción*. op. cit. pág. 4, párrafo 13.



sus ordenamientos penales<sup>41</sup>, especialmente los que se refieren al principio de legalidad, el de culpabilidad y la inversión de la carga de la prueba. La adecuación o no del delito de enriquecimiento ilícito a los parámetros constitucionales depende del propio sistema jurídico de cada país, y aunque su tipificación no sea obligatoria, no debe olvidarse que la propia cláusula de salvaguardia conlleva a cada Estado que suscriba y ratifique la convención, el deber de realizar un estudio serio y real en el plano legislativo y judicial acerca de la compatibilidad de este delito con su ordenamiento jurídico. En ese sentido, Costa Rica es uno de los países que ha cumplido el trámite inscrito en la cláusula de salvaguarda, pues el Congreso de esa nación, a través de la herramienta jurídica de la consulta legislativa facultativa de constitucionalidad, ha remitido el proyecto de la actual Ley N° 8422/04 “contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito” a la CSJ para que estudie y se expida acerca de su constitucionalidad antes de sancionarlo como ley.

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

Ahora bien, el rasgo más importante que posee el art. 20 es que antepone a los elementos objetivos que describen la conducta punible del enriquecimiento ilícito un elemento subjetivo que se expresa mediante la frase “cuando se cometa intencionalmente”. Es sabido que generalmente los códigos penales poseen un precepto que expresa que todo delito sólo puede cometerse de forma dolosa o imprudente, y que un comportamiento punible sólo puede comprender una modalidad imprudente cuando el tipo penal permita taxativamente dicha posibilidad en su marco legal. Con la inclusión de este elemento subjetivo todo Estado que decida introducir el delito de enriquecimiento ilícito previsto en la convención a su legislación interna, sólo lo podrá tipificar en su forma dolosa, lo que quiere decir que la convención veda por completo cualquier posibilidad o intensión de establecer un tipo imprudente de este delito<sup>42</sup>. En otras palabras, la convención sólo considera punible que un funcionario realice actos patrimoniales de adquisición de bienes con el propósito directo de enriquecerse, a sabiendas de que su valor sobrepasa excesivamente el límite de la capacidad económica que le proporciona sus ingresos legales.

La implementación del enriquecimiento ilícito como medida legislativa ha sido tomada en cuenta por los Estados partes de varias formas. Lo normal es la tipificación de este acto de

<sup>41</sup> BRUZZONE, Gustavo; GULLCO, Hernan. *Acerca de la controvertida adecuación constitucional del tipo penal de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, en: Bruzzone, Gustavo; Gullco, Hernán (Coordinadores): *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 2005. Pág. 10 “La convención se pliega a la convención interamericana cuando la supedita a la constitución y a los principios fundamentales del ordenamiento de cada Estado, lo que revela la existencia de opiniones en la comunidad internacional en el sentido de que la incriminación de esta figura podría hallarse en pugna con tales normas”.

<sup>42</sup> Este es el criterio adoptado por la convención en relación a los actos de corrupción previstos en los arts. 15 al 25, ya que un funcionario o un particular no podría realizar dichas conductas inintencionalmente (*Notas interpretativas para los documentos oficiales de la negociación de la convención de las naciones unidas contra la corrupción. Travaux Préparatoires*, párrafo 27, pág. 5. Vid: A/58/422/Add.1).

corrupción como delito dentro de sus ordenamientos penales, pero algunos Estados lo han introducido en sus legislaciones internas como medidas administrativas de carácter preventivo no penal. De hecho, la oficina contra la droga y el delito de la ONU ha señalado como alternativa a la incriminación del enriquecimiento ilícito la posibilidad de que esta conducta sea prevista como sanción administrativa que no requiere la incondicional presunción de inocencia y no trae consigo el estigma de la pena de prisión. Así, las sanciones a ser aplicadas serían la destitución del cargo de funcionario público, la pérdida de licencias o inhabilitación para realizar contratos públicos, y la exclusión de ciertas profesiones<sup>43</sup>. Brasil ha seguido esta alternativa tipificando al enriquecimiento ilícito como ilícito no penal en la Ley 8422/92 “De improvidade administrativa” que establece para aquellos funcionarios públicos que obtienen para sí o para otro, en el ejercicio de mandato, cargo o empleo público, bienes de cualquier naturaleza cuyo valor sea desproporcional a la evolución de su patrimonio u otra renta, sanciones administrativas (multa, pérdida del cargo público), civiles (pérdida de los bienes obtenidos ilícitamente, resarcimiento del daño) y políticos (suspensión de los derechos políticos de ocho a diez años).

Lo más llamativo sobre el art. 20 es que la propia guía legislativa para la aplicación de la CNUCC reconoce al enriquecimiento ilícito como un mecanismo legislativo útil para disuadir a los funcionarios de cometer actos de corrupción, sino también para superar las dificultades que tienen los fiscales a la hora de demostrar que un funcionario ha solicitado o aceptado sobornos (aunque debe admitirse que también pueden ser otros delitos funcionariales) en los casos en que su enriquecimiento es tan desproporcionado respecto de sus ingresos legítimos que puede establecerse prima facie que se ha cometido un acto de corrupción<sup>44</sup>. Esto supone un reconocimiento expreso de la naturaleza subsidiaria del delito de enriquecimiento ilícito de otros delitos funcionariales que no pueden ser probados cuyas ganancias ilícitas serían las fuentes económicas que permiten el enriquecimiento patrimonial del funcionario.

Por otra parte, la guía también admite que en este delito es el funcionario quien debe justificar razonablemente el incremento significativo de su patrimonio, lo que en algunas jurisdicciones puede ser contrario al derecho a la presunción de inocencia, pero afirma que no existe una presunción de culpabilidad ya que la carga de la prueba la tiene el fiscal quien tiene que demostrar que el enriquecimiento del acusado es superior a sus ingresos legítimos. En todo caso –sostiene la guía– puede considerarse como un presunción refutable, pues hecha la acusación el funcionario puede presentar una justificación razonable o creíble<sup>45</sup>. A esta última afirmación se le puede dirigir dos críticas. En primer lugar, en un Derecho penal garantista y respetuoso con los derechos fundamentales no puede admitirse preceptos que establezcan responsabilidades por hechos presuntos, aunque de por sí fueran refutables o juris tantum, pues estas construcciones sustantivas serán siempre nulas y sin valor por ser contrarias a la presunción de inocencia. En segundo lugar, el funcionario acusado no tiene obligación de presentar ningún tipo de justificación sobre lo que se le acusa, puesto que le asiste el derecho a abstenerse a declarar, silencio que nunca podrá ser tenido en su contra.

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

Este convenio fue impulsado y adoptado por la organización de la Unión Africana que agrupa a todos los países del continente africano (menos Marruecos), el 11 de julio de 2003 en

<sup>43</sup> *The global programe against corruption. Anti-corruption toolkit*. United Nations. 3 Edition. Viena. Año 2004. pág. 456.

<sup>44</sup> *Guía legislativa para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la corrupción*. op. cit. pág.87, párrafo 296.

<sup>45</sup> *Guía legislativa para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la corrupción*. op. cit. idem pág, párrafo 297.

Maputo, Mozambique. El documento consta de 28 artículos, y entre sus objetivos se destaca la cooperación entre los países firmantes a fin de promover y fortalecer el desarrollo de mecanismos para prevenir, detectar, castigar y erradicar la corrupción y otros delitos conexos en África, y garantizar la efectividad de esas medidas. La convención se centra en cuatro vías principales para combatir la corrupción: prevención, castigo, cooperación y educación. En particular, fortalece las leyes de corrupción con una lista de delitos que pueden ser castigables en la legislación local, esboza medidas a ser tomadas para permitir la detección e investigación de delitos de corrupción, indica mecanismos para la confiscación y decomiso de los frutos de los actos corruptos y delito conexos<sup>46</sup>, entre otras medidas.

El delito de enriquecimiento ilícito se encuentra previsto en la CUAC en el art. 8 que expresa: “1. Con sujeción a las disposiciones de sus derechos internos, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para establecer en su legislación el delito de enriquecimiento ilícito. 2. Para los Estados parte que hayan tipificado el enriquecimiento ilícito como delito en su legislación interna, tal delito se considerará un acto de corrupción o delito conexo a los efectos de la presente convención. 3. Todo Estado parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito como delito deberá, en la medida en que sus leyes lo permitan, proporcionar asistencia y cooperación a cualquier Estado requirente con respecto a este delito según lo dispuesto en este convenio”.

Como es habitual, y siguiendo el mismo criterio de las CICC y CNUCC, el art. 8 de la CUAC contiene al principio una cláusula de salvaguarda que se expresa con la frase “con sujeción a las disposiciones de sus derechos internos”. Esta cláusula fue incluida por las objeciones de los grupos críticos de la CUAC que veían a la disposición sobre enriquecimiento ilícito como una erosión del principio de presunción de inocencia del Derecho penal. En este sentido, MUNA señala que en un caso de enriquecimiento ilícito, que implica riqueza no justificable, normalmente la fiscalía corre con la carga de la prueba y por lo tanto debe demostrar más allá de toda duda razonable que la riqueza adquirida no está justificada por los ingresos de un funcionario. Sin embargo, bajo la convención, la fiscalía no está legalmente obligada a demostrar más allá de toda duda razonable que la riqueza excede de los ingresos del funcionario público, ni tampoco debe demostrar que los ingresos injustificados son resultado de actos de corrupción, dado que se presume automáticamente que los ingresos injustificados provienen de una fuente corrupta. De esta manera, es probable que la disposición que contempla este delito enfrente cuestionamientos legales, particularmente en países donde la presunción de inocencia está establecida constitucionalmente<sup>47</sup>.

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

<sup>46</sup> El comité redactor decidió agregar a lo largo de esta convención las palabras “y delitos conexos” para superar los problemas de definición y discrepancias en los sistemas legales de los distintos Estados parte. (MUNA, Akere. *La convención de la unión africana contra la corrupción*, en: Transparencia Internacional. Informe global de la corrupción. Berlín. Año 2004. pág. 149).

<sup>47</sup> MUNA, Akere. *La convención de la unión africana contra la corrupción*. op. cit. pág. 150.

ilícito también lo pueda ser un sujeto privado, es porque la convención ha adoptado un enfoque común acerca de la corrupción, ya que entiende que en los delitos que derivan de ella el funcionario público no es el principal infractor, admitiendo que su comisión puede ser llevada a cabo con y por agentes del sector privado<sup>48</sup>.

### 3. LA CLÁUSULA DE SALVAGUARDA Y SU PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN.

Todo compromiso asumido por un Estado a través de un convenio internacional tiene fuerza obligatoria según la conocida regla imperativa de Derecho internacional o de *ius cogens* *Pacta sunt servanda*<sup>49</sup>, que constituye un principio tan estricto que ningún Estado puede justificar el incumplimiento de un tratado aunque se vean afectadas disposiciones de su derecho interno<sup>50</sup>. La obligatoriedad de las normas internacionales encuentra su fundamento en la convicción de los Estados de que las mismas les conviene para la solución de sus problemas e intereses comunes, resultando necesario que esas normas se cumplan y que su cumplimiento sea exigible sobre la base del consentimiento manifestado por los Estados, más aún, cuando ellos son sus principales creadores y destinatarios<sup>51</sup>. Estas normas producen efectos de derecho que consisten principalmente en la creación, modificación, extinción de obligaciones y derechos subjetivos dentro del ordenamiento jurídico del Estado firmante, siendo un claro ejemplo el compromiso de tipificar conductas criminales previstas en acuerdos internacionales.

En las convenciones internacionales contra la corrupción, una de las obligaciones más importantes asumidas por los Estados miembros es la referida a la introducción en sus legislaciones internas de medidas legislativas en materia penal relativas a la tipificación de una serie de delitos contra la corrupción, en la medida en que ya no estén definidos como tales en sus ordenamientos penales. Las citadas convenciones han optado por el mismo criterio de establecer normas obligatorias en cuanto a su penalización, pero las han dividido en dos grandes grupos de acuerdo a su grado de cumplimiento. En la primera se aglutinan delitos cuya penalización es obligatoria y deben ser incluidas sin más dentro de las legislaciones penales de los Estados (soborno, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones públicas, blanqueo de capitales, encubrimiento y obstrucción de Justicia). En la segunda se contemplan delitos que tienen una construcción jurídica que podría estar en contradicción con los principios constitucionales y fundamentales de los Estados contratantes. Entre estos delitos se encuentra el enriquecimiento ilícito cuya tipificación no es de cumplimiento obligatorio e inmediato, porque su penalización es considerada por los convenios como una medida a ser considerada por los Estados contratantes. Sin embargo, la cláusula de salvaguarda que posee el delito de enriquecimiento ilícito obliga a los Estados a realizar el correspondiente test de constitucionalidad a fin de corroborar su compatibilidad con su ordenamiento jurídico, para que en el eventual caso de que sea contrario, pueda excusarse de su cumplimiento.

Como se ha venido señalando, es constante el debate en la doctrina y jurisprudencia sobre los problemas de índole dogmático y constitucional que emanan del tipo penal de enriquecimiento ilícito por su supuesta contradicción con varios principios sustantivos y

<sup>48</sup> MUNA, Akere. *La convención de la unión africana contra la corrupción*. op. cit. pág. 149.

<sup>49</sup> Art. 26 del CV(1986): "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

<sup>50</sup> Art. 27.1 del CV(1986): "Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". En ese sentido, sostiene PASTOR RIDRUEJO que los tratados deben observarse aunque sean contrarios al derecho interno de alguno de los Estados parte, y afirma que el tribunal de la Haya se ha manifestado categóricamente a este respecto argumentando que un Estado no puede sustraerse a las obligaciones que le imponen los tratados invocando su derecho, constitución o leyes internas (PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*. 6ª Edición. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1996. pág. 120).

<sup>51</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. *Derecho internacional público*. Editorial Trotta. 3ª Edición. Valladolid. Año 1999. pág. 252.

procesales de naturaleza penal que actualmente tienen consideración constitucional como son el de inocencia, legalidad, culpabilidad e inversión de la carga de la prueba. Por esa razón, los ante proyectistas de los convenios contra la corrupción han establecido en el tipo penal del delito de enriquecimiento ilícito una cláusula de salvaguarda<sup>52</sup>. En una primera aproximación, puede decirse que las cláusulas de salvaguarda surgen como mecanismos de flexibilización *ab intra*, es decir, se encuentran dentro de los tratados para suavizar o matizar las previsiones convencionales contenidas en ellos con miras a garantizar los intereses soberanos de los Estados<sup>53</sup>. Estas cláusulas son previstas en ciertas disposiciones de acuerdos internacionales cuando del cumplimiento de las mismas se previera un posible conflicto entre un interés particular en juego del Estado contratante y el interés perseguido por el tratado, el cual se encuentra exteriorizado en la obligación convencional. Esto significa que los Estados que participan en la elaboración de un tratado han alcanzado un compromiso político al introducir una cláusula de salvaguarda en una obligación contractual previendo en qué casos debe prevalecer el interés del Estado o del tratado.

En los tres convenios que se han estudiado, las partes contratantes han convenido introducir una cláusula de salvaguarda en la disposición que describe la conducta del delito de enriquecimiento ilícito que se individualiza mediante una frase que en mayor o menor medida refiere “con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico”, la cual advierte de un posible conflicto de intereses de índole constitucional y legal como consecuencia de su introducción en las legislaciones penales. Así también, señala que el interés estatal será superior cuando se verifique que del cumplimiento de la obligación convencional (tipificación del delito) surja un menoscabo grave a los derechos fundamentales de índole constitucional que amparan a toda persona sometida a proceso. Por lo tanto, la cláusula de salvaguarda constituye en una vía de escape pactada anticipadamente por los Estados que suscriben un convenio internacional para abstenerse a cumplir con una obligación prevista en el mismo<sup>54</sup>.

Desde el punto de vista jurídico se entiende por “cláusula de salvaguarda” a la disposición que faculta a un Estado en el marco de un acuerdo internacional, a abstenerse en todo o en parte del cumplimiento de ciertas obligaciones previstas, siempre que existan condiciones y circunstancias que justifiquen su puesta en práctica. En este sentido, MANIN sostiene que son disposiciones contenidas en ciertos acuerdos internacionales que ofrecen la facultad a los contratantes que las invocan de derogar temporalmente, en todo o en parte, disposiciones que comportan dichos acuerdos en el momento y mientras existan condiciones particulares que justifiquen su aplicación<sup>55</sup>. Por su parte GORI dice que las cláusulas de salvaguardas son aquellas que, por vía de excepción, permiten excepciones al funcionamiento normal de la convención, en particular con vistas a permitir a cada parte contratante remediar las dificultades que resultan de la puesta en práctica de la reglamentación normal establecida por la convención o que están estrechamente conectadas con ella<sup>56</sup>.

En la doctrina existe consenso de que las cláusulas de salvaguarda facilitan la ejecución de los acuerdos internacionales, pues al contar con el respaldo de la salvaguarda los Estados se sienten proclives a firmar cualquier compromiso internacional y a asumir las obligaciones que

<sup>52</sup> MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo. *Flexibilidad y tratados internacionales*. Editorial Tecnos. Madrid. Año 2003. pág. 187 “Este tipo de estipulación convencional ha ido adquiriendo con el paulatino asentamiento de la experiencia convencional en la sociedad internacional un grado notable de perfeccionamiento y generalización. No en vano, en las cláusulas de salvaguarda se han encontrado estrechos vínculos con las instituciones de flexibilización más clásicas del Derecho internacional”.

<sup>53</sup> MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo. *Flexibilidad y tratados internacionales*. op. cit. pág. 144.

<sup>54</sup> MANFRONI, Carlos. *Soborno transnacional*. op. cit. pág. 100.

<sup>55</sup> MANIN, A. *A propos des clauses de sauvegarde*. RTDE N° 1. París. Año 1970. pág. 4.

<sup>56</sup> MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo. *Flexibilidad y tratados internacionales*. op. cit. pág. 188.

derivan de ellos, confiados en que podrán excluirse de determinados efectos no queridos que afecten su sistema jurídico sin vulnerar el principio *Pacta sunt servanda*<sup>57</sup>. Es importante destacar que la cláusula de salvaguarda prevista en los arts. IX de la CICC y 20 de la CNUCC se diferencian en gran medida de las contempladas en convenios y acuerdos internacionales de índole económico porque éstas se caracterizan por ser abiertas, vagas y, a veces, indeterminadas<sup>58</sup>; en cambio, las previstas en los convenios contra la corrupción son más específicas por estar referenciadas exclusivamente a un posible conflicto de orden constitucional o legal que podría causar la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito. De esta manera, lo positivo de las cláusulas de salvaguarda descansa en que actualmente se las considera un mecanismo fundamental que trata y ofrece soluciones a futuros conflictos que pueden derivar de la aplicación de los tratados internacionales, pero su lado negativo se demuestra en su difícil comprensión y en la complejidad que conlleva su procedimiento de aplicación efectiva.

En cuanto al procedimiento que debe realizar un Estado para abstenerse de cumplir la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, MANFRONI sostiene que al ser la cláusula de salvaguarda una posibilidad de exclusión pactada en el mismo tratado cuya condición o motivo se establece en la propia cláusula, cualquier Estado que manifiesta que el delito en cuestión resulta contrario a su Constitución o principios fundamentales daría la facultad de dejar de tipificarlo sin la necesidad de realizar ningún tipo de reserva o manifestación al respecto<sup>59</sup>. Según la opinión de este autor, si un Estado concluye que la figura del enriquecimiento ilícito se opone a sus principios constitucionales automáticamente estaría legitimado para no tipificarlo sin que sus órganos representativos tengan la necesidad de emitir una declaración que justifique tal decisión.

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

<sup>57</sup> Al respecto, MARTÍN RODRÍGUEZ señala que la naturaleza convencional de la flexibilidad ab intra es trascendental para afirmar su pertinencia como instrumento de modulación de la normativa convencional. Si respecto a otros mecanismos más generales es argumentable una cierta oposición con el principio *pacta sunt servanda*, en el caso de la flexibilidad ab intra debe excluirse cualquier atisbo en ese sentido. La naturaleza convencional de los mecanismos de flexibilización ab intra significa que en ningún caso la existencia o el contenido de la flexibilidad puede considerarse un ataque al principio *pacta sunt servanda* (MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo. *Flexibilidad y tratados internacionales*. op. cit. pág. 143).

<sup>58</sup> Es práctica común que en los acuerdos internacionales de intercambio comercial entre países o bloques de países existan cláusulas de salvaguarda que garanticen a los Estados la adopción de medidas temporales que tiendan a corregir efectos imprevistos dentro de su mercado, especialmente, en cuanto a lo que se refiere a la eliminación o restricción de una preferencia arancelaria a un cierto producto. Estas medidas se adoptan para reparar o prevenir un daño grave a la economía nacional de un determinado país. Dada la amplitud de situaciones que se pueden dar en el comercio, existen diferentes modalidades de cláusulas de salvaguarda según las cuales, es posible reconocer una amplia diversidad de procedimientos y de causales susceptibles de ser invocadas. En ese sentido, la Organización Mundial del Comercio ha creado en base al art. XIX del GATT el “Acuerdo sobre salvaguardas”, a fin de armonizar en un instrumento único, las condiciones, procedimientos y causas que ameritan la aplicación de una cláusula de salvaguarda. El texto del acuerdo puede consultarse en la web: [http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/25-safeg.pdf](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/25-safeg.pdf).

<sup>59</sup> MANFRONI, Carlos. *Soborno transnacional*. op. cit. idem pág.

Constitución y los principios legales que rigen en su territorio<sup>60</sup>. Si del debate parlamentario se concluye que el delito que posee la cláusula de salvaguarda no contradice la Constitución y los principios del ordenamiento jurídico del país contratante, el Poder Legislativo asume la obligación de introducir dicho delito en su legislación penal siempre que no lo haya tipificado con anterioridad. En caso contrario, si se declara la contrariedad de la figura criminal con los principios del ordenamiento jurídico, se debe emitir una declaración oficial que establezca las circunstancias que acreditan tal contradicción y justifican la decisión de no tipificarlo como delito, para que luego el correspondiente órgano del Estado formule las debidas manifestaciones sobre esta determinación al momento de presentar la ratificación del convenio o acuerdo internacional en el organismo encargado de su seguimiento y aplicación<sup>61</sup>.

Esta es la nueva dimensión que adquiere el acto de ratificación por causa del constitucionalismo, teniendo actualmente la finalidad de ejercer el control parlamentario de las relaciones exteriores mediante la autorización que el Poder Legislativo otorga al Ejecutivo para que éste pueda manifestar en el ámbito internacional el consentimiento de un Estado a quedarse obligado por el contenido de un tratado<sup>62</sup>, y de expresar en dicho momento, las debidas consideraciones o exclusiones a una o varias disposiciones del mismo.

En segundo lugar, la determinación adoptada por el Estado de no tipificar el delito de enriquecimiento ilícito debe ser comunicada por escrito y a través de los conductos diplomáticos al organismo encargado del tratado, a fin de que proceda a aprobar la decisión del Estado involucrado y sea aplicada efectivamente la cláusula de salvaguarda. Este acto de convalidación tiene su fundamento en que todo mecanismo jurídico que permite a un Estado incumplir una norma prevista en un acuerdo internacional tiene que estar regulado y controlado de una manera segura por el órgano encargado de dicho documento, pues si la aplicación de este mecanismo se dejase a la entera discrecionalidad de los Estados sería como un canto a la desaparición de la obligación convencional<sup>63</sup>. En relación a este aspecto, puede observarse que el texto de las CICC y CNUCC no contemplan un procedimiento específico para hacer efectivo los efectos que otorga la cláusula de salvaguarda incluida en el delito de enriquecimiento ilícito, y ante este vacío normativo muchos de los Estados que decidieron abstenerse de cumplir la obligación

<sup>60</sup> En ese sentido, descarta la constitución de Colombia al disponer que luego de que el poder legislativo haya dado su acuerdo a un tratado internacional, se remita dicho instrumento al máximo órgano judicial para que se expida sobre su constitucionalidad. Así, el art.241 expresa: “A la Corte constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones,...10) Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulado la correspondiente reserva”.

<sup>61</sup> Esta facultad concedida a todo Estado parte de un tratado internacional se encuentra prevista en el art. 19 de la CV(1986) que dice: “Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él”. También en el art. XXIV de la CICC: “Los Estados partes podrán formular reservas a la presente convención al momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherir a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósitos de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas”.

<sup>62</sup> Art. 2.1.b. de la CV(1986). Para REMIRO BROTONS son varias las razones que postulan la sumisión de ciertas decisiones de la política exterior, y entre ellas se encuentra la prestación del consentimiento en obligarse mediante tratados, no ya a los medios generales de control político sino a una específica intervención parlamentaria de significación propiamente jurídica. Esas razones dimanar de las competencias básicas que las constituciones reconocen a las cámaras: el ejercicio de la potestad legislativa y presupuestaria y el control de la acción del gobierno” (REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho internacional público. Derecho de los tratados*. Tomo II. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1987. pág. 116).

<sup>63</sup> MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo. *Flexibilidad y tratados internacionales*. op. cit. pág. 204.

contenida en los arts. IX y 20 de ambos convenios han procedido según su propio arbitrio para no tipificar este delito, tal vez porque han llegado a la misma conclusión hecha por MAFRONI de que cualquier Estado que manifieste la incongruencia del delito de enriquecimiento ilícito con sus principios constitucionales podría dejar de tipificarlo sin la necesidad de realizar ningún tipo de procedimiento, manifestación o reserva al respecto.

Por esa razón, si un Estado concluye que la figura del enriquecimiento ilícito transgrede los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y no desee tipificarlo en su legislación interna, debe realizar el procedimiento antes señalado (discusión parlamentaria, manifestación de la decisión y aceptación por el órgano internacional) a fin de que la cláusula de salvaguarda le conceda la legitimidad necesaria para dejar de cumplir la disposición que contempla dicho delito, debiendo mantenerse intactos los efectos de las demás disposiciones y partes del instrumento internacional en sus relaciones *inter se*<sup>64</sup>. Por último, para que se entienda mejor las cláusulas de salvaguarda y exista una mejor claridad en la aplicación de los convenios internacionales, resulta necesario que la comunidad internacional introduzca el procedimiento de aplicación de las salvaguardas como un complemento accesorio al texto del documento a fin de que los Estados contratantes –en caso de que decidan no tipificar un delito previsto en una norma internacional–, posean reglas claras para llevar a cabo tal decisión. En ese sentido, MARTÍN RODRÍGUEZ manifiesta que las salvaguardas no son per se un cheque en blanco, ya que toda liberación convencional debería estar prevista y reglamentada por el propio tratado y, en muchos casos, supervisada por órganos internacionales<sup>65</sup>.

#### **4. ESTADO ACTUAL SOBRE LA APLICACIÓN DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO POR LOS ESTADOS CONTRATANTES DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES CONTRA LA CORRUPCIÓN.**

Habiendo establecido el grado de obligatoriedad de la norma que contiene el delito de enriquecimiento ilícito en las CICC y CNUCC, como asimismo el procedimiento correcto que debería realizarse para su inaplicación, es momento de examinar las conductas de los diversos Estados que han celebrado y ratificado dichos documentos en relación con siguientes puntos de análisis: a) cuantos de ellos han procedido a introducir el delito de enriquecimiento ilícito dentro de sus ordenamientos jurídicos internos, b) cuantos han decidido no hacerlo (ajustándose a un procedimiento de exclusión) y c) cuantos de ellos simplemente omitieron hacer acto alguno respecto a la norma jurídica internacional y las consecuencias que ocasiona tal omisión. Este análisis es sumamente importante para medir las relaciones entre el Derecho internacional –que origina la creación de tratados internacionales– y los derechos internos de los Estados contratantes, ya que la eficacia real del primero depende en gran medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conforman a las disposiciones internacionales y les dan efecto<sup>66</sup>.

Según constan en las fuentes de la OEA, la CICC fue firmada por 34 países, siendo ratificada posteriormente por 33<sup>67</sup>. En desarrollo de la obligación de considerar la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito dispuesta en el art. IX del citado convenio, se tiene constancia de que la mayoría de los países latinoamericanos de raíz jurídica continental ya lo tenían tipificado en su legislación penal antes de la convención. Actualmente los países que cuentan con esta figura penal son: Antigua y Bermuda, Argentina, Belize, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana y Venezuela. Por otra

<sup>64</sup> Art. 21.2. de la CV(1986).

<sup>65</sup> MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo. *Flexibilidad y tratados internacionales*. op. cit. pág. 192.

<sup>66</sup> PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*. op. cit. pág. 173.

<sup>67</sup> Este es el status de firmas y ratificaciones de la CICC a fecha 10 de diciembre de 2013.



parte, la CNUCC ha sido firmada por 140 países y ratificada en la actualidad por 169<sup>68</sup>. En relación a lo dispuesto en el art. 20 del citado documento internacional se tiene constancia de que los mismos países latinoamericanos citados anteriormente, más 35 países situados en otros continentes han introducido el enriquecimiento ilícito como delito dentro de sus legislaciones penales: En África, Argelia, Angola, Benín, Botswana, Burundi, Etiopía, Egipto, Lesoto, Madagascar, Malawi, Nigeria, Ruanda, Senegal, Sierra Leona, Gabón, Uganda y Zambia; En Asia, Bangladesh, Bután, Brunei, China (continental, Hong-Kong y Macao), Camboya, India, Malasia, Nepal, Pakistán, Yemen, Jordania, Filipinas y Cisjordania; y en Europa<sup>69</sup>, Albania, Chipre y Macedonia<sup>70</sup>.

Sin embargo, países signatarios de los convenios internacionales antes señalados como los de Canadá y Estados Unidos, al notificar la ratificación y aceptación formal de ambos documentos a sus respectivos organismos de control, han manifestado la intención de no tipificar el enriquecimiento ilícito debido a que la sanción de este delito podría vulnerar sus respectivas constituciones al implicar una inversión de la carga de la prueba, decisión que se ha materializado a través de la presentación de expresas reservas. Puede definirse a la reserva como una declaración unilateral hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación con ese Estado<sup>71</sup>. Esta institución se encuentra regulada normalmente en un apartado de cada instrumento internacional, y en su defecto por las disposiciones que existen al respecto en los arts. 19 al 23 de la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados.

En ese sentido, el gobierno de Canadá ha manifestado en las reservas presentadas en ambos convenios que si bien es una obligación de un Estado parte tipificar el delito de enriquecimiento ilícito “con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico”, no aplicaría el delito previsto en los arts. IX de la CICC y 20 de la CNUCC en razón a que obraría en contra de la presunción de inocencia garantizada por la Constitución de Canadá y los principios de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá<sup>72</sup>. De igual modo, los Estados Unidos de Norteamérica también ha realizado reservas a los respectivos arts. IX y 20, en las que enfatiza primeramente la importancia de combatir el enriquecimiento indebido de los funcionarios, pero señala que actualmente cuenta con leyes penales para impedir o castigar dicha conducta. Además, manifiesta que esas leyes obligan a los funcionarios superiores del gobierno federal a presentar declaraciones financieras verdaderas, obligación que de no cumplirse está sujeta a sanciones penales. Estas leyes permiten el enjuiciamiento de los funcionarios del gobierno federal que han evadido impuestos sobre riqueza obtenida ilícitamente. Sin embargo, el delito tal y como se establece en los convenios impone –según este país– la carga de la prueba sobre el demandado, lo cual es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos y los principios fundamentales de su sistema jurídico, por lo que de esa

<sup>68</sup> Este es el status de firmas y ratificaciones de la CNUCC a fecha 10 de diciembre de 2013.

<sup>69</sup> El Informe CAC/cops/irg/2013/10 dictado en el marco de la conferencia de los Estados parte de la CNUCC de fecha 12 de marzo de 2013, sostiene que la mayoría de los países europeos informaron que las limitaciones constitucionales han impedido la tipificación del enriquecimiento ilícito como delito en sus respectivas legislaciones penales. En concreto, los obstáculos se relacionaban con la carga de la prueba, la presunción de inocencia y otras particularidades de sus ordenamientos jurídicos.

<sup>70</sup> Vid, MUZILA, Lindy; MORALES, Michelle; MATHIAS, Marianne; BERGER, Tammar. *On the take. Criminalizing illicit enrichment to fight corruption*. Stolen Asset Recovery Initiative. World Bank-UNODC. Año 2012. págs. 67-88.

<sup>71</sup> QUEL LÓPEZ, Javier. *Las reservas a los tratados internacionales*. Servicio Editorial del País Vasco. Bilbao. Año 1991. pág. 23. Del mismo modo la CV(1986) define a las reservas en su art. 2.1.d.

<sup>72</sup> Reservas de Canadá. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen. Vid: [www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories-declarations-reservations](http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories-declarations-reservations). Así también, en: Convención Interamericana contra la Corrupción. Informe B-58 Ratificaciones y Reservas. Vid: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-58.html>.

manera no se encuentra obligado a establecer un nuevo delito penal de enriquecimiento ilícito dentro de su ordenamiento penal interno.

Como puede observarse, estos dos Estados han optado por aplicar el procedimiento de las reservas con el fin de abstenerse de cumplir la obligación de tipificar el delito de enriquecimiento ilícito dentro de sus legislaciones internas. Es destacable la intención de estos Estados de utilizar a las reservas para expresar la decisión de sus respectivos congresos de no tipificar el referido delito, pero cabe puntualizar que aunque la cláusula de salvaguarda y las reservas son declaraciones unilaterales para excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado, ambas son instituciones diferentes con procedimientos propios. La primera diferencia que existe entre la reserva y la cláusula de salvaguarda, es que la reserva se manifiesta como un acto unilateral exterior al texto del tratado que se le añade “desde afuera” al acto convencional<sup>73</sup> y forma parte de los mecanismos de flexibilización *ab extra*. En cambio, las cláusulas de salvaguarda son mecanismos de flexibilización *ab intra*, es decir, son estipulaciones que los Estados incorporan dentro de los tratados con el fin de suavizar el grado de rigor de una obligación convencional.

La segunda diferencia radica en que las reservas se pueden interponer a cualquier disposición del tratado, siempre y cuando dicha facultad no esté prohibida o limitada por el propio tratado<sup>74</sup>, y las cláusulas de salvaguarda sólo producen sus efectos de acuerdo a la disposición convencional a la que está unida. La tercera diferencia se refiere a la admisibilidad de la reserva o aceptación. Toda reserva interpuesta a un tratado deberá ser aceptada por el órgano competente encargado del convenio o tratado, y surtirá efectos cuando ningún Estado o la misma organización internacional no formule objeción acerca de ella<sup>75</sup>. Para la aplicación de las cláusulas de salvaguarda todo Estado debe realizar primeramente un debate legislativo cuya conclusión emita los fundamentos jurídicos sobre la decisión de no dar cumplimiento a una disposición convencional y surte sus efectos una vez que el órgano encargado del tratado reciba oficialmente dicha manifestación.

Por lo que se refiere a los demás países contratantes que han ratificado las CICC y CNUCC y no hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, como tampoco realizado el procedimiento de aplicación de la cláusula de salvaguarda, estarían incurriendo -según nuestra opinión- en una grave violación a las disposiciones de los arts. IX y 20 de ambos convenios. Se puede entender que existe una disconformidad entre la conducta omisiva desplegada por estos Estados y la exigida en la obligación internacional, situación que amerita la imputación a los mismos de un hecho ilícito internacional<sup>76</sup> que generaría desde ese momento la aplicación de las

<sup>73</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. *Derecho internacional público*. op. cit. pág. 279.

<sup>74</sup> Art. 19 de la CV(1986): “Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él, a menos: a) esté prohibida por el tratado, b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figura la reserva de que se trate, o c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado”.

<sup>75</sup> REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho internacional público*. op. cit. pág. 208 “Con la reserva se comunica a través del depositario, mera correa de transmisión, a los demás sujetos contratantes y facultados para llegar a ser partes, con el propósito de informarles y, en la generalidad de los casos, a dar pie a su reacción”. En ese sentido, el art. 20.5 de la CV(1986) expresa: “A menos que el tratado disponga otra cosa, se considerara que una reserva ha sido aceptada por un Estado o una organización internacional cuando el Estado o la organización internacional no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior”.

<sup>76</sup> GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. *El hecho ilícito internacional*. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2005. pág. 39 “Un hecho ilícito internacional es un comportamiento de un sujeto de Derecho internacional que incumple una obligación, de hacer o no hacer, que le impone una norma internacional en vigor”.

normas jurídicas sobre responsabilidad internacional de los Estados<sup>77</sup>. Esta consecuencia resulta de una idea aceptada en la comunidad internacional de que los incumplimientos de los tratados no presentan particularidad alguna con respecto a la de cualquier ilícito internacional, por lo que en esta rama jurídica no puede hablarse de la distinción existente en los sistemas jurídicos internos de los Estados entre una responsabilidad contractual (derivada de los tratados internacionales) y una responsabilidad extracontractual<sup>78</sup>.

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

Actualmente, las CICC y CNUCC sólo cuentan con un sistema de control administrativo consistente en un mecanismo de seguimiento que analiza el grado de cumplimiento interno en cada Estado parte, y los resultados son regulados y debatidos en el seno de conferencias de Estados parte. En relación a ello, la CICC ha creado el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), siendo una herramienta de carácter gubernamental que apoya a los Estados parte en la implementación de las disposiciones de la convención mediante evaluaciones recíprocas que luego son analizadas por un comité de expertos en reuniones periódicas llamadas “rondas”<sup>79</sup>. Sin embargo, este mecanismo presenta dos debilidades. En primer lugar, evidencia la ausencia de una metodología común para la realización de evaluaciones, a lo que debe sumarse que no todos los países que forman parte de la MESICIC informan exhaustivamente sobre las acciones que desarrollan para combatir la corrupción; y en segundo lugar, se evalúa la puesta en práctica de las recomendaciones sugeridas pero no los efectos que de ellas se derivan<sup>80</sup>.

Por su parte, la CNUCC ha establecido la realización de conferencias de Estados parte como órgano de control de la aplicación de las normas de la convención en los países que lo han ratificado, según lo dispone el art. 63 del citado convenio internacional<sup>81</sup>. Sin embargo, este método de control ha resultado insatisfactorio, en primer lugar, debido a que los países que han firmado la CNUCC no han llegado a un acuerdo sobre cómo evaluar de forma independiente el

<sup>77</sup> MARTÍN LÓPEZ, Miguel Ángel. *El incumplimiento de los tratados internacionales*. Servicio Editorial de la Universidad de Córdoba. Córdoba. Año 2003. pág. 9.

<sup>78</sup> MARTÍN LÓPEZ, Miguel Ángel. *El incumplimiento de los tratados internacionales*. op. cit. pág. 10.

<sup>79</sup> Sobre el MESICIC, Vid: [www.oas.org/juridico/spanish/mesicic\\_intro\\_sp.htm](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_intro_sp.htm). Actualmente participan del MESICIC los siguientes países: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Belize, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

<sup>80</sup> LÓPEZ, Juana; ALONSO, José Antonio. *Respuestas normativas a escala internacional*, en: Alonso, Jose Antonio; Mulas-Granados, Carlos (Coordinadores): *Corrupción, cohesión social y desarrollo*. Fondo de Cultura Económica de España. Año 2011. pág. 84.

<sup>81</sup> Art. 63. 1. de la CNUCC: “Se establecerá una Conferencia de los Estados Parte en la Convención a fin de mejorar la capacidad de los Estados parte y la cooperación entre ellos para alcanzar los objetivos enunciados en la presente Convención y promover y examinar su aplicación”.

avance los países en la aplicación de la convención<sup>82</sup>; y en segundo lugar, si un Estado incumple alguna disposición del citado convenio, su órgano de control y seguimiento sólo se limita a emitir recomendaciones sin fuerza coercitiva, por lo que su correcto cumplimiento depende de la exclusiva voluntad del Estado infractor. Por ello, se insiste en la implementación en las CICC y CNUCC de normas coercitivas y órganos de control que las apliquen, los cuales tendrían la misión de prevenir el incumplimiento de sus disposiciones mediante la posibilidad de imponer sanciones a los Estados que los hayan ratificado, siendo un ejemplo importante de esta propuesta lo dispuesto en los arts. 227<sup>83</sup> y 228<sup>84</sup> del Tratado de la Unión Europea. Esto sin dudas ejercerá una presión sobre los Estados contratantes que incumplan disposiciones obligatorias, lo cual hará que los mismos corrijan sus conductas y las adecuen al patrón normativo que se estima aplicable<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> LÓPEZ, Juana; ALONSO, José Antonio. *Respuestas normativas a escala internacional*. op. cit. pág. 92.

<sup>83</sup> Art. 227 del Tratado de la Unión Europea: “Cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia, si estimare que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente tratado”.

<sup>84</sup> Art. 228 del Tratado de la Unión Europea: “1. Si el Tribunal de Justicia declare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia. 2. Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha tomado tales medidas, emitirá, tras haber dado al mencionado Estado la posibilidad de presentar sus observaciones, un dictamen motivado que precise los aspectos concretos en que el Estado miembro afectado no ha cumplido la sentencia del Tribunal de Justicia. Si el Estado miembro afectado no hubiere tomado las medidas que entrañe la ejecución de la sentencia del Tribunal en el plazo establecido por la Comisión, ésta podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia. La Comisión indicará el importe que considere adecuado a las circunstancias para la suma a tanto alzado o la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado. Si el Tribunal de Justicia declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva”.

<sup>85</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. *Derecho internacional público*. op. cit. pág. 416.

## Capítulo IV

# MECANISMOS JURÍDICO-ADMINISTRATIVOS PARA LA PROTECCIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

### PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA FRENTE A LOS INCREMENTOS PATRIMONIALES INJUSTIFICADOS DE LOS FUNCIONARIOS COMO HECHOS SOCIALMENTE DESVALORADOS

#### 1. MECANISMOS DE CONTROL ADMINISTRATIVO PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA TENDIENTES A NEUTRALIZAR LOS INCREMENTOS PATRIMONIALES INJUSTIFICADOS DE LOS FUNCIONARIOS.

Una vez que ha sido identificada una conducta socialmente desvalorada que lesiona o pone en riesgo un interés importante para el sistema de convivencia, los responsables de la política criminal de un Estado deben precisar cómo y mediante qué instrumentos van hacer frente y contrarrestar esa conducta. Antiguamente el único instrumento con que se contaba para combatir toda clase de criminalidad era el Derecho penal<sup>1</sup>, pero gracias al avance que ha desarrollado la política criminal se puede decir que actualmente los Estados cuentan no sólo con su sistema penal, sino también con otros tipos de instituciones que actúan para prevenir los hechos delictivos<sup>2</sup>.

En ese sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA sostiene que la idea de prevención de los delitos encierra algo más que la mera disuasión a través de la amenaza del castigo o la dificultad de su comisión. Desde un punto de vista etiológico el concepto de prevención no puede desligarse de la génesis del fenómeno criminal, es decir, debe asimismo intervenir dinámica y positivamente en la neutralización de sus causas. Por eso, la prevención debe contemplarse, ante todo, como prevención social ya que al ser el crimen un problema social su prevención no sólo debe importar a los poderes públicos sino a todos los miembros de una comunidad<sup>3</sup>. Para prevenir eficazmente los delitos, la política criminal parte de un sistema de instrumentos, algunos informales y otros formales, que actúan en la sociedad para regular los conflictos sociales, de entre los cuales el Derecho penal es el último en actuar cuando los demás medios de control social menos gravosos no llegan a cumplir su cometido<sup>4</sup>.

Como bien menciona VALEIJE ÁLVAREZ, un peligro que acecha a los sistemas democráticos es la posible patrimonialización de la función pública por quienes actúan desde su interior, de ahí que resulte esencial tratar de someter el ejercicio de la función pública a una serie de mecanismos y normas que garanticen un comportamiento objetivo y a través de los

---

<sup>1</sup> Según GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en la criminología clásica la pretensión punitiva del Estado, es decir, el castigo del culpable, polarizaba y agotaba la respuesta al suceso delictivo, prevaleciendo la faz patológica de éste sobre su profundo entramado problemático y conflictual (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. 5ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2005. pág. 495).

<sup>2</sup> BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Ensayos de Derecho penal y política criminal*. Editorial Continental. San José (Costa Rica). Año 2002. pág. 209 “Afortunadamente el Derecho penal no es la única forma de prevenir y de hacer frente al crimen. Medidas de carácter económico, educativo, social o incluso cultural, para ciertos sectores de la criminalidad pueden ser tan relevantes y eficaces como el mismo sistema legal. De ahí que también integre su objeto estos mecanismos utilizados por el poder público en esa tarea de disminuir hasta lo tolerable la estadística criminal”.

<sup>3</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología*. op. cit. pág. 497.

<sup>4</sup> *Descriminalización. Informe del comité europeo sobre problemas de la criminalidad*. Consejo de Europa. Editorial Ediar. Buenos Aires. Año 1987. pág. 37 “El sistema de justicia penal es sólo una parte secundaria de los mecanismos que actúan en la sociedad para el control del conflicto, el comportamiento y las situaciones indeseables. Los controles sociales formales e informales se extienden a toda institución social, legal, privada y pública concebible, incluyendo a la familia, la escuela y la situación laboral”.

cuales se evite, en la medida de lo posible, la manipulación del aparato del Estado para satisfacer los intereses particulares de algunos funcionarios<sup>5</sup>. Por lo tanto, en los siguientes apartados se examinarán los mecanismos e instituciones de control preventivo-administrativo con los que el Estado paraguayo hace frente a los incrementos patrimoniales injustificados de los funcionarios públicos, considerados hechos socialmente reprochables de corrupción que acontecen dentro de la función pública. Para este propósito se utilizará una metodología que empiece por señalar someramente las políticas de socialización que se implementan en la función pública, para luego ir analizando de un modo más concreto los medios de control formal que se despliegan para neutralizar estas conductas indeseables. Este modelo metodológico se ha adoptado en íntima referencia al principio de intervención mínima, y asimismo, resulta útil para valorar si el conjunto de herramientas que posee el ordenamiento jurídico, previas a las de carácter penal, son eficaces para hacer frente a estos comportamientos.

## 2. POLÍTICAS SOCIALIZADORAS IMPLEMENTADAS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA.

Para hacer frente a los hechos de corrupción cometidos en la función pública, el Estado posee un conjunto de instrumentos jurídicos entre los que se encuentran procedimientos de control y fiscalización internos. No obstante, toda política preventiva debe incluir estrategias orientadas a la determinación de las causas del conflicto criminal y su posterior neutralización antes de que el propio problema se manifieste, teniendo activa participación en este aspecto las políticas sobre educación, vivienda, trabajo, bienestar social y calidad de vida. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA denomina a este tipo de políticas como “prevención primaria”, porque tratan de crear los presupuestos necesarios para resolver las situaciones criminológicas, procurando una socialización provechosa acorde con los objetivos sociales<sup>6</sup>.

Es necesario que estas políticas socializadoras sean aplicadas *prima ratio* para que desde un principio actúen reforzando la educación social con miras a crear un sistema de valores a ser interiorizadas por todo ciudadano. Si eventualmente un ciudadano llega a ostentar el cargo de funcionario público, estos valores se convierten en un muro de contención ético que tiende a neutralizar cualquier tipo de proposición corrupta<sup>7</sup>, y por otro lado, ayudan al cumplimiento eficaz de los fines constitucionales fijados para la función pública. Además, en la actualidad no existe prácticamente un Estado que deje de implementar en su organización funcional programas que contengan normas de buen gobierno y políticas que tratan mejorar las prestaciones sociales que el Estado otorga a los funcionarios en contraprestación a su servicio público (remuneraciones, vacaciones, seguridad social, etc.), ya que la insatisfacción de estas últimas suele ser normalmente la causa primordial de la corrupción pública. Por último, es imprescindible sumar a estas políticas de prevención primaria los procedimientos de reforzamiento de los principios y expectativas de la función pública, que tienen como finalidad que el funcionario público logre una correcta identificación normativa con los objetivos y fines de la organización a la que pertenece y presta servicios, tal como hemos señalado anteriormente en otro apartado<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario*. op. cit. pág. 28.

<sup>6</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología*. op. cit. pág. 498.

<sup>7</sup> En ese sentido, NEVADO-BATALLA MORENO sostiene que difícilmente alguien que no tenga bien asumido por su educación y entorno social lo que es la honradez, rectitud, ecuanimidad, justicia, independencia, equilibrio, objetividad, neutralidad, equidad, etc, podrá ser un buen servidor público que interiorice y aplique los principios y reglas jurídicas ordenadoras de la actividad pública, que no son más que la cristalización de aquellos valores que constituyen la base ética que sostiene a la sociedad (NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro. *Reflexión sobre una posible etiología de las malas prácticas y la corrupción en el ámbito de las administraciones públicas*, en: Romero Guzmán, Juan José (Editor): *Buen gobierno y corrupción. Algunas perspectivas*. Editorial Universidad Católica de Chile. Santiago. Año 2009. pág. 132).

<sup>8</sup> Vid: Capítulo I, apartado 10.

### 3. INSTITUCIONES Y MEDIOS DE CONTROL PREVISTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO.

El Estado hace actuar a sus mecanismos de prevención secundaria cuando el conflicto criminal se manifiesta, y se orientan selectivamente a ciertos sectores de la sociedad que presentan mayores riesgos de padecer o protagonizar el problema social. La delincuencia llevada a cabo dentro de la función pública es un problema complejo, y para prevenir los constantes abusos y desviaciones funcionales de los servidores públicos, el Estado cuenta con determinados medios de control social formal regulados en el ordenamiento administrativo y en el propio sistema jurídico penal. Este capítulo sólo se referirá específicamente a las instituciones y mecanismos de control contemplados en el Derecho administrativo paraguayo que se relacionan con la prevención de los hechos de enriquecimiento ilícito, es decir, los incrementos patrimoniales injustificados de los miembros de la función pública, pues de acuerdo los principios de fragmentariedad e intervención mínima, éstos mecanismos deben tener una aplicación anticipada al Derecho penal.

#### 3.1. Régimen legal de la función pública. Ley N° 1626 del año 2000.

Existe consenso de que toda política de Estado que busca prevenir la corrupción de los funcionarios públicos debe contar con una buena regulación jurídica de su función pública<sup>9</sup>. Consecuente con ese propósito, el Paraguay sancionó el 27 de diciembre de 2000 la LFPP<sup>10</sup>, la cual establece el régimen jurídico del personal que presta servicio en la administración central del Estado y en los demás entes descentralizados, en cuanto a sus denominaciones, naturaleza jurídica, proceso de selección, incompatibilidades, deberes, derechos, obligaciones y sistema disciplinario.

Si para el normal desenvolvimiento de la sociedad se necesita tutelar la función pública, resulta imprescindible para alcanzar dicho fin que el derecho regule la propia organización interna de esta institución pública, determinando para sus miembros el ámbito de lo permitido y prohibido de su esfera de actuación. La determinación taxativa en la ley de las conductas permitidas y prohibidas de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, exterioriza lo que la sociedad espera del servidor público y, a su vez, establece los márgenes del riesgo permitido para ese rol social<sup>11</sup>.

En ese sentido, el mencionado cuerpo legal dispone un conjunto de deberes y obligaciones que constituyen acciones positivas encaminadas a que el funcionario ejerza correctamente las funciones de su cargo público (y que en cierto sentido, también deben extenderse y aplicarse en su vida privada)<sup>12</sup>, entre las que se destacan algunas que específicamente están dirigidas a disminuir o evitar la corrupción pública. Por ejemplo, observar

<sup>9</sup> Precisamente la carencia de regímenes eficientes de función pública en los países latinoamericanos ha sido una de las principales debilidades que ha permitido los escandalosos niveles de corrupción y que actualmente son percibidos por la mayor parte de la ciudadanía, ocasionado un notable deterioro de la imagen de la función pública. Al respecto, BIELSA señala que cuando los administrados advierten que el funcionario es incompetente, no conoce sus deberes o se aparta dolosamente de los mismos para cometer actos ilícitos, empiezan a menospreciar a la función pública, pierden el respeto por el funcionario y se vuelven detractores de la propia organización Estatal o contribuyen a rebajarla (BIELSA, Rafael. *La función pública*. op. cit. pág. 87).

<sup>10</sup> Disponible en: [www.senado.gov.py/leyes/ups/leyes/8177.pdf](http://www.senado.gov.py/leyes/ups/leyes/8177.pdf). Esta ley vino a reemplazar al antiguo estatuto de la Función Pública previsto en la Ley N° 200 de fecha 17 de julio de 1970, que estuvo en vigencia por treinta años. PEÑA VILLAMIL menciona que la falta de adecuación de dicho estatuto al grado de evolución que presentaba la función pública paraguaya a comienzos del siglo veintiuno propició su sustitución por la nueva Ley N° 1626/00 (PEÑA VILLAMIL, Manuel. *Derecho administrativo*. op. cit. pág. 262).

<sup>11</sup> PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación*. op. cit. pág. 396.

<sup>12</sup> RAMÍREZ CANDIA, Manuel de Jesús. *Derecho administrativo*. op. cit. pág. 471 “Las obligaciones son las acciones positivas que debe realizar el funcionario público en el ejercicio de sus tareas funcionales, y aún en su vida privada para enaltecer la dignidad del cargo que ostenta”.

una conducta acorde con la dignidad del cargo; guardar el secreto profesional en los asuntos que revistan carácter reservado en virtud de la ley, del reglamento, de su propia naturaleza o por instrucciones especiales; observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta honesta y leal en el desempeño de su cargo con preeminencia del interés público sobre el privado; denunciar con la debida prontitud a la justicia ordinaria o a la autoridad competente los hechos punibles o irregularidades que lleguen a su conocimiento en el ejercicio del cargo; prestar declaración jurada de bienes y rentas, en el tiempo y en la forma que determina la Constitución nacional y abstenerse de realizar actividades contrarias al orden público y al sistema democrático<sup>13</sup>.

A su vez, tipifica una serie de conductas que se consideran incompatibles con el ejercicio del cargo público, por lo que están prohibidas y su comisión supone un comportamiento peligroso que supera los límites permitidos establecidos en la ley para la función pública. Entre ellas se destacan la utilización por parte del funcionario de la autoridad o influencia que pudiera tener a través de su cargo; recibir obsequios, propinas, comisiones o aprovechar ventajas para ejecutar o abstenerse de ejecutar un acto inherente a sus funciones; la obtención directa o indirecta de beneficios originados en contratos, franquicias u otros actos que formalice en su carácter de funcionario; o ejercer una industria o comercio relacionado con las actividades del organismo o entidad del Estado en que presta servicios, sea personalmente o como socio o miembro de la dirección, administración o sindicatura de sociedades con fines de lucro, como también la realización de cualquier trabajo u oficio que no pueda conciliarse con las obligaciones o la dignidad del cargo<sup>14</sup>.

Como puede advertirse, la LFPP establece un sistema normativo en forma de “valores-límite” que constituye el primer y más importante instrumento de prevención contra la corrupción que se genera dentro de la función pública al dirigir mandatos imperativos al funcionario público con el fin de que mantenga su conducta dentro de los límites de lo permitido. Además, estas normas encuentran apoyo en el régimen disciplinario que las complementan, ya que si el servidor público intenta rebasar este marco jurídico, es decir, si decide actuar al margen del principio de legalidad para cometer actos de corrupción a sabiendas de su prohibición, el Estado posee otro mecanismo de respaldo a través del efecto disuasorio de las sanciones administrativas previstas en la misma ley. Así, la infracción cometida por un funcionario puede producir desde una simple disfuncionalidad en la organización interna de su institución pasible de una sanción prevista en el Derecho administrativo sancionador, hasta considerarse un delito contra el ejercicio de la función pública constitutiva de sanción penal, siempre que se constate que la conducta haya puesto en riesgo las actividades que realiza esta institución en beneficio de los ciudadanos, sin perjuicio de la responsabilidad política y civil que además pueda corresponderle.

La previsión de estas normas tiene por objetivo la reducción de los riesgos que la corrupción pueda llegar a ocasionar dentro de las organizaciones públicas, debiendo decirse que el éxito de las mismas depende en gran medida de la efectividad de los procesos de socialización internos implementados por la función pública que posibilitan que estas normas sean debidamente conocidas e interiorizadas por el funcionario público<sup>15</sup>. De esta manera, el fin preventivo de las normas que contienen los deberes, obligaciones y prohibiciones del funcionario no se dirige directamente a evitar los daños que causa la corrupción (esa es tarea del Derecho penal por medio de los delitos contra la función pública), sino más bien, tiende a

<sup>13</sup> Estas obligaciones, además de otras, se encuentran previstas en el art. 57 de la LFPP.

<sup>14</sup> Estas prohibiciones, además de otras, se encuentran previstas en el art. 60 de la LFPP.

<sup>15</sup> En derecho comparado puede citarse el art. 6 del código de ética de la función pública de Argentina (Decreto N° 41/99), que establece que el ingreso a la función pública implica que el candidato tome conocimiento de las normas previstas en dicho código –que incluye los deberes y prohibiciones de los funcionarios públicos– y asuma el compromiso de su debido cumplimiento.



resguardar la integridad ética y normativa del instrumento que decide utilizar éste fenómeno social para conseguir sus resultados, tal como dice NIETO: “lo que se trata de evitar directamente no es el resultado lesivo concreto para el bien jurídico protegido, sino la utilización de medios idóneos para producirlo. No se trata en definitiva, de evitar la lesión, sino más bien de prevenir la posibilidad de que se produzca”<sup>16</sup>.

Tal es la importancia del estatuto o ley de función pública como mecanismo de prevención contra la corrupción que muchos de los países iberoamericanos lo han previsto incluso en sus propias constituciones<sup>17</sup>. En cuanto a la forma de previsión interna, normalmente los países han incluido el sistema normativo de deberes, obligaciones, prohibiciones y régimen disciplinario de los miembros de la función pública en tres formas distintas: a) leyes o estatutos de función pública, b) leyes de conducta ética y c) leyes especiales. En Argentina estas normas están incluidas en la Ley N° 25.188 de “Ética de la función pública”<sup>18</sup>; en Chile en la Ley N° 18.575 “Ley orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado”<sup>19</sup>; en El Salvador en la “Ley de ética gubernativa”<sup>20</sup>; en Uruguay en la Ley anticorrupción N° 17.060<sup>21</sup> y en el Decreto N° 30/2003 “Normas de conducta en la función pública”<sup>22</sup>; en Perú en la Ley 28.175 “Ley marco del empleo público”<sup>23</sup>, en la Ley N° 27.815 “Código de ética de la función pública”<sup>24</sup> y en el Decreto legislativo N° 276 que promulga la “La ley de bases de carrera administrativa y de remuneraciones del Sector Público”<sup>25</sup>; en Bolivia en la Ley N° 2027/99 “Estatuto del funcionario público”<sup>26</sup> y la Ley N° 1178 “De administración y control gubernamentales”<sup>27</sup>; en Costa Rica en la Ley N° 1581 “Estatuto de servicio civil”<sup>28</sup>; en Venezuela en la “Ley de carrera administrativa”<sup>29</sup>; en Ecuador en la Ley N° 2003-17 “Ley orgánica de servicio civil y carrera administrativa y de unificación y homologación de las remuneraciones del sector público”<sup>30</sup> y en España en la Ley 7/2007 “Estatuto básico del empleado público”<sup>31</sup>. Por su parte, en Brasil este sistema normativo se encuentra incluido en ley especial N° 8.429/92 “De Probidade administrativa”<sup>32</sup>.

<sup>16</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4ª Edición. Editorial Tecnos. Madrid. Año 2005. pág.182. En este mismo sentido, TORRENTE manifiesta que el ideal de la prevención de la desviación es que ésta no llegue a producirse (TORRENTE, Diego. *Desviación y delito*. Editorial Alianza. Madrid. Año 2001. pág. 48).

<sup>17</sup> Art. 101 de la CNP, art. 103.3. CE, art. 122 de la CN de Colombia, art. 40 de la CN del Perú, art. 144 de la CN de Venezuela, art. 61 de la CN de Uruguay, art. 38 de la CN de Chile, art. 229 de la CN de Ecuador, art. 219 de la CN de El Salvador, art. 191 de la CN de Costa Rica, entre otros.

<sup>18</sup> Arts. 2 y 3 (Deberes y pautas de comportamiento ético), arts. 13 al 17 (Incompatibilidades y conflicto de intereses), art. 18 (Régimen de obsequios a funcionarios públicos) y arts. 19 al 22 (Prevención sumaria).

<sup>19</sup> Título III “De la Probidad Administrativa”, arts. 54 al 70.

<sup>20</sup> Arts. 4 al 6 (Principios, deberes y prohibiciones éticas), arts. 18 al 23 (Procedimiento para la aplicación de sanciones) y arts. 24 al 30 (Sanciones éticas).

<sup>21</sup> Arts. 19 al 22 (Aspectos administrativos y conductas contrarias a la probidad en la función pública).

<sup>22</sup> Arts. 8 al 38 (Principios generales, prohibiciones y faltas administrativas).

<sup>23</sup> Art. 2 (Deberes del funcionario), arts. 15 y 16 (Derechos y obligaciones), y arts. 19 al 21 (Régimen disciplinario).

<sup>24</sup> Arts. 6 al 8 (Principios, deberes éticos del servidor público y prohibiciones), y arts. 9 al 13 (Sanciones y procedimiento disciplinario).

<sup>25</sup> Arts. 21 al 24 (Obligaciones, prohibiciones y derechos de los servidores públicos), y arts. 25 al 33 (Régimen disciplinario).

<sup>26</sup> Arts. 8 al 11 (Deberes, prohibiciones, conflicto de intereses e incompatibilidades), arts. 12 al 15 (Ética pública) y 16 y 17 (Responsabilidad y régimen disciplinario).

<sup>27</sup> El Capítulo V (arts. 28 al 40) establece el régimen de responsabilidades en la función pública.

<sup>28</sup> Arts. 39 y 40 (Deberes y prohibiciones) y arts. 41 al 47 (Correcciones y procedimiento disciplinario).

<sup>29</sup> El Título III (arts. 17 al 33) establece los derechos, deberes e incompatibilidades de los funcionarios públicos y el Título V (arts. 55 al 63) contiene el régimen de responsabilidades y disciplinario.

<sup>30</sup> Arts. 7 al 17 (Nepotismo, inhabilidades y prohibiciones), arts. 25 al 27 (Derechos, deberes y prohibiciones) y arts.43 al 52 (Régimen disciplinario).

<sup>31</sup> Arts. 52 al 54 (Deberes de los empleados públicos y el código de conducta) y arts. 93 al 98 (Régimen disciplinario).

<sup>32</sup> “Actos de Improbidad Administrativa” -arts. 9 (incisos I al XII), 10 (incisos I al XV) y 11 (incisos I al VII), “Sanciones” -art. 12 (incisos I al III)- y “Procedimiento administrativo” -arts. 14 al 18.

En cuanto a los incrementos patrimoniales injustificados de los miembros de la función pública, BIELSA considera que el deber del Estado de controlar la gestión patrimonial de los funcionarios durante el ejercicio de sus cargos públicos es un eficaz medio administrativo preventivo<sup>33</sup>, y en ese sentido la LFPP con acierto ha establecido a los funcionarios en el art. 57 inc. i), la obligación de presentar su declaración jurada de bienes y rentas en el tiempo y en la forma que determinan la CNP y la ley. Esta norma se ha implementado como una medida administrativa tendente a evitar conflictos de intereses y para el efectivo cumplimiento de la función pública a través de la consecución de una mayor transparencia de su gestión, en estricto cumplimiento del mandato previsto en el art. III, apartado 4 de la CCIC<sup>34</sup>.

Pero lo que más puede objetarse a la LFPP es que excluye de su alcance normativo a un grupo de funcionarios que en su mayoría ostentan cargos públicos de alta jerarquía, lo que trae consigo la inaplicabilidad a estas personas del sistema normativo-preventivo que constituyen los deberes, obligaciones y prohibiciones dirigidos a los funcionarios públicos. El art. 1 de este cuerpo legal menciona que su objeto es la regulación jurídica de los funcionarios y empleados públicos, el personal de confianza, el contratado y el auxiliar que presten servicios en la administración central y en los demás entes del Estado, pero subsiguientemente en su art. 2 dispone: *“Aún cuando cumplan una función pública, se exceptúan expresamente de lo establecido en el artículo anterior a: a) el presidente y el vicepresidente de la república, los senadores y diputados, los gobernadores y los miembros de las juntas departamentales, los intendentes, los miembros de las Juntas municipales y las personas que ejercen otros cargos originados en elección popular; b) los ministros y viceministros del poder ejecutivo; c) los diplomáticos y cónsules en actividad, comprendiendo en el ámbito de aplicación de la ley que regula la carrera diplomática y consular; d) los militares en actividad; e) los policías en actividad; f) los docentes de la universidad nacional y de las instituciones oficiales de educación primaria, secundaria y técnica; g) los magistrados del poder judicial; h) el contralor, sub-contralor, el defensor del pueblo, el defensor del pueblo adjunto y los miembros del consejo de la magistratura; y i) el fiscal general del estado y los agentes fiscales”*. Es incomprensible cómo una ley de función pública pueda contener preceptos tan contradictorios, disponiendo en una que el objeto de su regulación son todas aquellas personas que ejercen funciones públicas, y en otra subsiguiente, la exclusión de su marco normativo a un grupo de funcionarios de alta jerarquía y otros cuya función es imprescindible para el mantenimiento de la seguridad pública (fuerzas policiales y militares), que llamativamente son los más proclives a cometer actos de corrupción. Además, los efectos del art. 2 ocasionan que exista un vacío jurídico en cuanto a las personas que ejercen funciones públicas en él señaladas, ya que al ser excluidas de la regulación jurídica de la LFPP no son consideradas a efectos legales funcionarios públicos según el Derecho administrativo.

Sin embargo, el Paraguay no es el único país cuya legislación interna establece la inaplicabilidad del estatuto jurídico de la función pública a sus servidores públicos de confianza

<sup>33</sup> BIELSA, Rafael. *La función pública*. op. cit. pág. 215.

<sup>34</sup> Artículo III de la CICC: “Medidas preventivas. A los fines expuestos en el Artículo II de esta convención, los Estados partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: 4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda”. Esta misma obligación es promovida como medida preventiva a ser implementada por los Estados parte en el art. 8.5 de la CNUCC que expresa: “Cada Estado parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con sus empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos”. Así también, en el art. 7.4: “Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, procurará adoptar sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses, o a mantener y fortalecer dichos sistemas”

o de alto grado jerárquico, encontrándose esta misma situación en muchos de los países latinoamericanos. Así, la Constitución de Perú establece que los funcionarios que desempeñen cargos políticos y de confianza no se encuentran comprendidos en la ley que regula la carrera administrativa<sup>35</sup>, la Constitución de Colombia exceptúa del régimen de carrera a los funcionarios de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y otros que determine la ley<sup>36</sup>, la Constitución Uruguaya excluye de la carrera administrativa a los funcionarios de carácter político o de particular confianza, estatuidos con esa calidad<sup>37</sup>, y la Constitución de Venezuela exceptúan del régimen de carrera a los funcionarios elegidos por elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la administración pública<sup>38</sup>. Por su parte, puede citarse a Guatemala<sup>39</sup>, Ecuador<sup>40</sup> y Bolivia<sup>41</sup>, como países que inclusive aumentan el número y categorías de funcionarios que no se les aplica el régimen estatuario de la función pública.

Desde nuestro punto de vista, no existe justificación válida que permita a la LFPP como a las demás leyes de función pública previstas en los citados países latinoamericanos, la incorporación de un precepto que prácticamente deja en letra muerta sus propias finalidades preventivas contra los hechos de corrupción al excluir de su sistema normativo a los funcionarios que mayores responsabilidades tienen en el manejo de los intereses públicos, y que a la vez, son los que están más expuestos a desviarse y cometer delitos por influencia de la corrupción. Justamente estos dos supuestos constituyen algunas de las razones por las que la LFPP ha establecido un régimen preventivo que comprende deberes, obligaciones, prohibiciones y un sistema disciplinario que los refuerza, como principios de conducta que guían la actividad pública de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones. La exclusión de funcionarios con altos cargos jerárquicos de los alcances de la ley ocasiona que tanto el efecto ético motivador de los deberes, como el disuasorio de las prohibiciones y del sistema faltas y sanciones administrativas, no puedan ejercer en estas personas su función de barrera de contención primaria contra las tentaciones de cometer comportamientos corruptos, siendo sin dudas esta realidad deficiente que presenta el estatuto del funcionario público una de las causas que posibilita que los índices de corrupción pública vayan creciendo cada día. No resulta difícil deducir que los legisladores han sancionado la LFPP conforme a sus propias intenciones y beneficios, pues de acuerdo al art. 2 se observa que ellos mismos han incluido a su propio colectivo dentro de las categoría de funcionarios excluidos de la aplicación del régimen estatuario, por lo que éste sería un claro ejemplo de la frase “hecha la ley, hecha la trampa”.

Además, debe criticarse al mencionado art. 2 de la LFPP su incoherencia y contradicción con el principio de igualdad, porque su aplicación convierte a ese cuerpo legal en un ordenamiento que estaría apañando situaciones formales y materiales de desigualdad jurídica entre los miembros de la función pública<sup>42</sup>, en razón a que los deberes, obligaciones y prohibiciones que se establecen en él sólo serían mandatos para un cierto sector representado

---

<sup>35</sup> Art. 40 de la CN de Perú.

<sup>36</sup> Art. 125 de la CN de Colombia.

<sup>37</sup> Art. 60 de la CN de Uruguay.

<sup>38</sup> Art. 146 de la CN de Venezuela.

<sup>39</sup> Art. 32 de la Ley de servicio civil de Guatemala.

<sup>40</sup> Art. 5 de la Ley orgánica de servicio civil y carrera administrativa y de unificación y homologación de las remuneraciones del sector público.

<sup>41</sup> Art. 5. inc. c) del Estatuto del funcionario público de Bolivia.

<sup>42</sup> Estas reflexiones se ajustan al pensamiento de VILLORIA MENDIETA quien insiste que cuando la corrupción es elevada en una sociedad, su fundamento reside, además de en las perversiones de la naturaleza humana, en la desigualdad, en culturas políticas dominadas por la desafección o la apatía democrática, en la cultura prebendarista inserta en los partidos políticos de dichas sociedades y en la debilidad institucional generalizada (VILLORIA MENDIETA, Manuel. *El servicio civil de carrera en Latinoamérica*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 2007. pág. 73).

por los funcionarios que no poseen un cargo altamente jerarquizado, quedando así demostrada la contrariedad de esta norma con el derecho fundamental a la igualdad dispuesta en el art. 46 de la CNP<sup>43</sup>. Otro aspecto reprochable del precepto en cuestión, es que al excluir a los altos funcionarios de los alcances normativos de la LFPP permite que a éstos no se les pueda aplicar el régimen disciplinario previsto en esa ley, lo que sería a todas luces inconstitucional dado que la CNP en su art. 106 establece que ningún funcionario o empleado público está exento de ningún tipo de responsabilidad (administrativa, penal, política o civil) que pueda surgir en el ejercicio de sus funciones<sup>44</sup>. En base a estas ideas no existe duda de que el art. 2 de la LFPP es inconstitucional, partiendo de que todos los ordenamientos jurídicos que forman parte del derecho positivo de un determinado Estado están dispuestos como un conjunto armónico, es decir, cada cuerpo legal debe determinarse en armonía con las demás partes restantes. Desde este punto de vista, es inaceptable que un orden legal contenga una norma que considerada aisladamente se coloque en pugna con otras leyes, y menos aún, con una norma de la Constitución. En definitiva, ningún funcionario esta por encima de la Constitución ni tampoco las leyes que rigen el ejercicio de su cargo, porque si un funcionario incumple o cumple negligentemente sus funciones, incurre en la responsabilidad prevista en el art. 106 de la CNP.

### 3.2. La Contraloría General de la República (CGR).

El ejercicio de la función pública exige en muchos casos la custodia y conservación de una gran cantidad de recursos públicos que pertenecen a toda la colectividad. Por eso, el Estado como garante de la correcta distribución y aplicación de los recursos públicos, debe establecer dentro de su estructura jurídica un organismo que se encargue del control de la actuación de los distintos entes públicos, y de detectar la mala administración de los bienes puestos a disposición de los funcionarios públicos, con el fin de evitar errores, corregirlos y, en última instancia, determinar la responsabilidad en los casos de mala administración<sup>45</sup>.

La función de control sobre las entidades públicas puede ser efectuada por diferentes órganos, internos o externos. El control interno es ejercido por una persona u órgano ubicado dentro de la propia entidad pública sometida al control. Por ejemplo: la auditoria interna realizada por un ministerio sobre sus órganos funcionales. Por otra parte, el control externo ocurre cuando la actividad de control es ejercida por órganos que no forman parte del sujeto administrativo controlado. En relación a lo último, la CNP ha previsto dentro de la estructura político-administrativa del Estado a la Contraloría General de la República (CGR) como un órgano extra-poder<sup>46</sup>, siendo competente para ejercer el control de las actividades económicas y financieras del Estado, y de las demás entidades descentralizadas. Esta decisión del constituyente paraguayo se enmarca dentro del cambio que en nuestra época ha experimentado el principio de separación de poderes, que ya no es contemplado por la división tradicional e equilibrada de los tres poderes del Estado –Ejecutivo, Legislativo y Judicial–, admitiéndose en el constitucionalismo moderno que experimentamos, la aparición de otros órganos estatales

---

<sup>43</sup> De la misma forma se podría decir que la obligación de prestar declaración jurada de bienes y rentas prevista en la LFPP hubiera sido sólo una norma de aplicación efectiva al conjunto de funcionarios públicos con cargos inferiores dentro del escalafón jerárquico, de no ser por la CNP que en su art. 104 dispone que todos los funcionarios y empleados públicos que prestan servicio al Estado, no importando cargo o jerarquía, incluso los de elección popular, los de entidades estatales, binacionales, autárquicas, descentralizadas, están obligados a cumplir dicho mandato sin excepciones.

<sup>44</sup> Art. 106 de la CNP: “Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto”.

<sup>45</sup> RAMÍREZ CANDIA, Manuel de Jesús. *Derecho Administrativo*. op. cit. pág. 628.

<sup>46</sup> La CSJP ha ratificado la consideración de órgano extra-poder a la CGR en el AyS N° 481 de fecha 20 noviembre de 1996.

autónomos que funcionan completamente separados de éstos y que son los llamados “órganos extra-poderes”<sup>47</sup>.

Según SAGÜES, la expresión órgano “extrapoder” se emplea para referirse a órganos estatales no situados en la órbita de alguno de los tres poderes clásicos del Estado, y consisten por lo común, en órganos que poseen competencias generalmente muy específicas que desde el punto de vista cuantitativo son menos extensas que las conferidas por la Constitución a los tres poderes clásicos, aunque desde el punto de vista cualitativo pueden ser de gran trascendencia, como es en particular el caso de un tribunal constitucional, intérprete final de la Constitución<sup>48</sup>. Sin embargo, puede encontrarse en la literatura constitucional autores que no comparten la utilización de este término como CEA EGAÑA, quien manifiesta: “ya no son, por lo tanto, sólo tres los poderes como sostuvo la doctrina clásica, siguiendo primero al libertario Locke y después a Montesquieu. Hoy esos son poderes en sentido pleno, no extra ni mini poderes, como suele llamárselos, con lo cual se rebaja su rol en el sistema gubernativo”<sup>49</sup>.

El art. 281 de la CNP expresa: “La Contraloría General de la República es el órgano de control de las actividades económicas y financieras del Estado, de los departamentos y de las municipalidades, en la forma determinada por esta Constitución y por la ley. Gozará de autonomía funcional y administrativa”. La redacción de esta norma vino a constituir un salto cualitativo en cuanto a la regulación jurídica de la antigua CGR<sup>50</sup>, ya que a través de la nueva Constitución adquiere autonomía funcional y administrativa que le confiere una completa independencia de cualquiera de los tres poderes del Estado. La CGR posee determinadas funciones que están previstas tanto en la constitución como en el propio ordenamiento jurídico que regula dicho órgano público, que es la Ley N° 276/94 “Orgánica y funcional de la Contraloría General de la República”, que presenta como una de sus principales tareas la fiscalización del patrimonio público de todas las entidades del Estado, y el control de la ejecución y liquidación del presupuesto general de la nación<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> *Órganos constitucionales*. Corte Suprema de Justicia del Paraguay. Asunción. Año 2007. pág. II “Ante la existencia de intensos debates en torno a la calificación de órgano extrapoder respecto de algunos organismos que funcionan en la órbita de alguno de los poderes clásicos, parte de la calificada literatura especializada prefiere hablar de órganos constitucionales autónomos. Desde esta perspectiva, lo importante no es la ubicación formal del órgano en cuestión, sino el grado efectivo de su autonomía funcional. Por ejemplo, en nuestro país, el Ministerio Público está ubicado como Sección IV y el Tribunal Superior de Justicia Electoral como Sección V, ambos en el Capítulo III del Poder Judicial, por lo que, desde el punto de vista puramente formal no serían quizá órganos extrapoderes. Sin embargo, es incuestionable que ambos son órganos constitucionales autónomos, que en sus funciones, por cierto, no dependen de la Corte Suprema de Justicia. Lo mismo puede decirse de los tribunales constitucionales de algunos países de la región, tales como los de Bolivia, Chile, Colombia, entre otros. En definitiva, algunos órganos intrapoder podría, según este enfoque, ser órganos constitucionales autónomos”.

<sup>48</sup> SAGÜES, Néstor Pedro. *Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de los poderes*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo I. Editorial Konrad-Adenauer-Stiftung. Berlín. Año 2007. págs. 301 y 302.

<sup>49</sup> CEA EGAÑA, José Luis. *Proyecciones de la separación de poderes en el Estado contemporáneo*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. op. cit. pág. 149.

<sup>50</sup> MIRANDA, Aníbal. *Legislación anticorrupción*. Volumen I. Asunción. Año 2003. pág. 75 “Esta fue una de las novedades que introdujo la constitución de 1992 en la estructura político-administrativa del Estado, reemplazando una institución sin gravitación y débil, por otra moderna en funciones y nivel de autonomía. Hasta entonces hacía fiscalización la Contraloría General de la Nación, dependiente de la Presidencia de la República y con su autoridad directamente designada por el propio ejecutivo. No servía para controlar más allá de los rangos medios de la administración, hasta donde le permitiesen los intereses de quienes efectivamente dominaban los grandes negocios del Estado y lucraban con ellos. Conceptual y jurídicamente se avanzó en grado sustantivo al proveer un órgano independiente, o al menos no subordinado a las autoridades administrativas, para controlarlas y a la vez controlar las demás instituciones, sus respectivos presidentes, ministros, directores, consejeros y funcionarios pagados con dinero del Presupuesto General”.

<sup>51</sup> Art. 282 de la CNP: “El Presidente de la República, en su carácter de titular de la administración del Estado, enviará a la Contraloría la liquidación del presupuesto del año anterior, dentro de los cuatro meses del siguiente. En

Es así que dentro de la normativa de la CGR quedaron englobados los tres poderes del Estado, es decir, no se hizo excepción ni del Presidente de la República, los Miembros del Congreso Nacional, como tampoco a los Ministros de la Corte Suprema, es más, la potestad de esta entidad pública se extendió sobre gobernaciones departamentales y municipales, entes autárquicos y hasta entidades binacionales o multinacionales que tuvieran participación de capital estatal. Empresas privadas que contratan con el Estado y con las gobernaciones o con cualquier otra entidad que recibiera o manejara recursos públicos quedaron incluidas. En suma, todas aquellas personas elegidas por el pueblo para ejercer cargos públicos, los funcionarios de carrera y las entidades públicas se supeditan actualmente a la vigilancia de la CGR, acorde con la noción de que la res publica no debe dejarse librada a la discrecionalidad ni al abuso de los órganos de poder<sup>52</sup>. Así, las funciones atribuidas por la Constitución a la CGR se justifican por la actual situación de democracia en la que vivimos que impone un reforzamiento de los controles, que es exigido en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, para que la cosa pública no deje de ser tal y pueda pasar a ser, aun parcialmente, patrimonio privado de cualquier persona o grupo, aún de aquellos que hayan sido instituidos en el mando a través de procesos electorales, no se contenta ya con imponer el imprescindible reino de la ley, sino que tiene a extenderse al fondo mismo de lo que hasta ahora han venido siendo facultades discrecionales, donde tan fácilmente pueden anidar prácticas corruptas<sup>53</sup>.

Es por eso que, a parte de promover la eficiencia del uso de los recursos públicos, la CGR también orienta su actividad a prevenir la corrupción a través del desarrollo de procedimientos financieros, administrativos y de auditoría específicamente diseñados<sup>54</sup>. En este sentido, mantiene estrechas relaciones con el descubrimiento y persecución del delito de enriquecimiento ilícito, pues contempla dentro de sus funciones la dirección y coordinación de mecanismos y procedimientos tendientes a prevenir los incrementos patrimoniales injustificados de los funcionarios públicos, específicamente a través de las declaraciones juradas de bienes y rentas. El art.283.6 de la CNP expresa que uno de los deberes y atribuciones del Contralor General de la República es la recepción de las declaraciones juradas de bienes de los funcionarios públicos, así como la formación de un registro de las mismas y la producción de dictámenes sobre la correspondencia entre las declaraciones que los funcionarios presentan al asumir sus respectivos cargos y las formuladas al cesar en ellos<sup>55</sup>.

De esta manera, la CNP otorga a la CGR en su carácter de órgano de prevención en sede administrativa de los incrementos patrimoniales injustificados de los miembros de la función pública, tres tareas fundamentales: a) la recepción de las declaraciones juradas de todos los funcionarios que ejercer funciones en las distintas entidades y reparticiones públicas del Estado, b) la formación de un registro de las declaraciones juradas y c) la emisión de dictámenes sobre la correspondencia entre las declaraciones juradas prestadas por los funcionarios al asumir y cesar sus cargos públicos. Una mejor comprensión de estas atribuciones sólo puede conseguirse si primeramente se analizan las funciones de la declaración jurada de bienes y rentas, y cómo se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico paraguayo.

### **3.2.1. La declaración jurada de bienes y rentas.**

Al establecer los aspectos fundamentales de la parte subjetiva de la función pública, la CNP ha establecido a la declaración jurada de bienes y rentas como una de las obligaciones

---

los cuatro meses posteriores, la Contraloría deberá elevar informe y dictamen al Congreso, para que lo considere cada una de las Cámaras”.

<sup>52</sup> MIRANDA, Aníbal. *Legislación anticorrupción*. op. cit. pág. 76.

<sup>53</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. 5ª Edición. Editorial Civitas. Madrid. Año 2000. pág. 121.

<sup>54</sup> LOZANO, Juan; MERINO DINARI, Valeria. *La hora de la transparencia en América latina*. op. cit. pág. 116.

<sup>55</sup> Este mismo deber ha sido previsto en el art. 9 inc. f) de la Ley 276/94 como una de las atribuciones de la CGR.

fundamentales que los funcionarios públicos deben realizar durante el ejercicio de sus funciones, según las modalidades y plazos previstos en la ley. La revelación pública y periódica del estado financiero de los funcionarios, es sin dudas uno de los mejores mecanismos preventivos contra la corrupción en el sector público, ya que posibilita una mayor transparencia y conocimiento del patrimonio de los miembros de la función pública a todos los ciudadanos, siendo un requisito esencial para aumentar la confianza de la sociedad en la imagen y prestigio de la función pública de un determinado país. La publicidad del servicio público deviene del sentido que la Constitución otorga a la función pública que nos recuerda que todos los funcionarios públicos “están al servicio del país”, y es por eso que la ciudadanía debe tener la posibilidad de poder controlar el ejercicio de sus funciones con tal de evitar cualquier tipo de conflicto de intereses que se pudieran suscitar entre el interés general y los privados del propio funcionario<sup>56</sup>.

Al respecto, el art. 104 de la CNP expresa: “Los funcionarios y los empleados públicos, incluyendo a los de elección popular, los de entidades estatales, binacionales, autárquicas, descentralizadas y, en general, quienes perciban remuneraciones permanentes del Estado, estarán obligados a prestar declaración jurada de bienes y rentas dentro de los quince días de haber tomado posesión de su cargo, y en igual término al cesar el mismo”.

El antecedente de esta obligación funcional no tenía un sustento constitucional, pero sí legal, que se encontraba en el antiguo DL N° 448/40 que preveía y reprimía el delito de enriquecimiento ilegítimo, específicamente en su art. 8 que establecía que toda persona que ejercía una función o empleo público estaba obligada a presentar una declaración jurada y firmada de todos sus bienes, rentas y deudas para determinar su situación patrimonial<sup>57</sup>, la cual debía ser enviada a un registro nacional de bienes creado por el mismo decreto a tal efecto<sup>58</sup>. Además preveía que toda nueva adquisición, enajenación o movimiento de bienes debía ser igualmente declarado ante el registro, y si el movimiento fuera resultante de otros negocios u operaciones, debía declararse al liquidarse éstas o dentro de un plazo que no excediera de un año<sup>59</sup>.

Si bien la declaración de bienes y rentas debía ser efectuada en principio por todos los funcionarios y empleados públicos, el citado Decreto-Ley exceptuaba de tal obligación a los funcionarios que poseía un cargo menor dentro del escalafón jerárquico administrativo de la

---

<sup>56</sup> SOMMERMANN, Karl Peter. *La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del estado de derecho*, en: García Macho, Ricardo (Editor): *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2010. págs. 11 y 12 “La transparencia de la actuación del Estado, es decir, el grado de publicidad y de apertura de los procesos estatales, en la toma de decisión, y de la publicidad en cuanto a los actores que han participado en ellos y en cuanto a los criterios y argumentos utilizados, viene percibiéndose como barómetro de realización de un Estado democrático de Derecho. La retención u ocultamiento de informaciones, que podría indicar o revelar una capacidad deficiente del sistema político-administrativo de resolver problemas o que podrían poner en duda la razonabilidad de las estructuras de poder o de los procesos de formación de voluntad, se considera hoy como la característica de un régimen débil o dictatorial, y en todo caso de un régimen con problemas de legitimación”.

<sup>57</sup> Art. 8 del DL 448/40: “Los funcionarios y empleados públicos deberán enviar al Registro, dentro de los treinta días de iniciar sus funciones, una declaración jurada y firmada de todos sus bienes, rentas y deudas, para establecer su situación patrimonial”.

<sup>58</sup> Art. 6 del DL 448/40: “Créase el Registro Nacional de Bienes de los funcionarios y empleados públicos”.

-Art. 7: “El Registro estará a cargo de un director, por el término de cuatro años, y el personal que fije el Presupuesto General de Gastos. Mientras no se organice el Registro, las funciones correrán a cargo de la Contaduría General de la Nación”.

<sup>59</sup> Art. 9 del DL 448/40: “Los que actualmente ejerzan función o empleo público deberán cumplir esa obligación dentro de los noventa días a contar desde la promulgación de este Decreto. Toda nueva adquisición, enajenación o movimiento de bienes debe ser igualmente declarada ante el Registro dentro del plazo de treinta días. Cuando la declaración se refiera a negocios u operaciones de trato sucesivo, deberá hacerse al liquidarse esto o dentro de un plazo periódico que no excederá de un año”.

función pública de esa época<sup>60</sup>. En relación a esto, creemos que la decisión adoptada por el legislador de esos años fue incompleta e insuficiente, puesto que si resolvió incluir dentro de la ley a la declaración jurada de bienes y rentas como instrumento para detectar los incrementos patrimoniales indebidos de los funcionarios públicos, habría sido más eficaz en términos de prevención que dicha obligación hubiese estado dirigida en forma general a todos los miembros de la función pública sin excepción alguna, ya que la práctica siempre ha demostrado que los casos de enriquecimiento ilícito se presentan en toda clase de funcionarios públicos, no importando el cargo o la posición jerárquica, pudiendo actuar como autores, cómplices o encubridores.

La vigente CNP ha salvado la deficiencia señalada en el DL 448/40, puesto que el art. 104 expresamente ordena la obligatoriedad de presentar declaración jurada de bienes y rentas a todos los funcionarios que prestan servicios al Estado, tanto los que hayan ingresado a la función pública por medio de un acto administrativo y prestan funciones en cualquier entidad pública estatal, binacional, autárquica o descentralizada, como así también, a los que asumen un cargo público por elección popular (Presidente, vicepresidente y miembros del Congreso Nacional), y que en general perciban una remuneración permanente prevista en el presupuesto general de la nación. La Constitución, de igual forma que lo había hecho el mencionado Decreto-Ley, ha otorgado a la declaración jurada de bienes y rentas la consideración de instrumento material que tiene la función de ejercer el control y fiscalización del patrimonio de los funcionarios públicos, pudiendo ser definida como el documento público presentado ante la CGR cuyos datos son proporcionados bajo fe de juramento por una persona sobre quién, en determinado momento, pesa una obligación legal de formular declaración de su situación patrimonial real que contiene la información financiera de los bienes y obligaciones del declarante<sup>61</sup>.

La transparencia, como elemento necesario de todo Estado de Derecho, se configura en algunos supuestos como un mandato positivo para la difusión de información tal como lo hace el art. 104 de la CNP. De ahí que la carta magna haya establecido a los funcionarios públicos la obligación de dar publicidad del contenido íntegro de los bienes que posee y de los movimientos financieros de su patrimonio, no sólo para posibilitar el descubrimiento de indicios sobre hechos de corrupción, sino también para que sean conocidos y controlados por los propios ciudadanos. Puede decirse que la publicidad del estado financiero de los funcionarios públicos es una obligación de carácter positivo que persigue su conocimiento público, en base a que la publicidad es una manifestación concreta de la transparencia, debiéndose producirse en los supuestos determinados por el ordenamiento para el conocimiento general de los ciudadanos<sup>62</sup>.

El precepto constitucional en estudio emplaza al funcionario y condiciona la validez de la declaración jurada de bienes y rentas a que sea presentada dentro de los quince días de haber tomado posesión del cargo, y en igual término al cesar en el mismo. Este requisito formal parece indicar que la declaración jurada debe presentarse únicamente en dos oportunidades, la primera, cuando el funcionario ingresa por primera vez a la función pública, y la segunda, cuando

---

<sup>60</sup> Art. 10 del DL 448/40: "Exceptuáse de la declaración y registro de bienes: a) los empelados inferiores que desempeñen simples funciones de auxiliares, ayudantes, escribientes, dactilógrafos y similares; b) el personal subalterno de ordenanzas, porteros, chóferes, serenos, guardianes, obreros y jornaleros de toda clase; c) el personal subalterno de correos y telégrafos; d) los clases y soldados del ejercito y armada; e) los clases y soldados de policías; f) los que desempeñen funciones docentes; g) los que solo tuvieren funciones eventuales, interinas o transitorias que no excedan de seis meses.

<sup>61</sup> Punto 4° del apartado "Definiciones". Reglamento para la Elaboración de Dictámenes de Correspondencia, aprobado por Resolución N° 839 de fecha 30 de septiembre. Contraloría General de la República del Paraguay. Año 2010. pág. 2.

<sup>62</sup> BLASCO DÍAZ, José Luis. *El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa*, en: García Macho, Ricardo (Editor): *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. op. cit. pág. 137.



termina su vinculación funcional con el Estado. Sin embargo, una correcta interpretación del término “haber tomado posesión de su cargo” revela que tal obligación debe realizarse cada vez que el funcionario asume un nuevo cargo (tanto si es ascendido o degradado de jerarquía) dentro de la entidad pública en la que presta servicios o, también, si es trasladado a cumplir funciones en otra diferente. Además, es necesario recordar que el sentido de la norma constitucional exige que la declaración jurada de bienes y rentas presente un contenido real, es decir, los datos consignados y detallados en dicho documento deben coincidir fidedignamente con el estado patrimonial que posee el funcionario público, debiendo actualizarse anualmente o las veces que el patrimonio sufra algún cambio considerable. Esta última exigencia no se encuentra contemplada en el art. 104 de la CNP ni en la LFPP, por lo que debería ser incluida en posteriores reformas a los efectos de dotar de un contenido mas completo y serio a esta obligación positiva dirigida al funcionario público.

En relación al procedimiento y contenido de las declaraciones juradas, todo órgano de control y fiscalización, en este caso la CGR, debe en primer lugar verificar si los funcionarios activos o ex funcionarios obligados por ley a presentar declaración jurada de bienes y rentas han cumplido con dicha obligación<sup>63</sup>. En segundo lugar, debe elaborar y confeccionar un medio instrumental práctico (formulario) que permita al funcionario consignar debida y pormenorizadamente el estado real que presenta su patrimonio, debiendo extenderse dicho requerimiento al patrimonio de su cónyuge o pareja de hecho si tuviere. En efecto, toda declaración jurada debe contemplar, a parte de los datos personales, cargo e institución en la que presta servicios, la siguiente información:

1- Activos: a) Depósitos, acciones, inversiones, cuentas corrientes y cuentas de ahorro nacionales e internacionales, b) Cuentas a cobrar: indicando a sus deudores, títulos y dividendos a la vista o a plazo, c) listado de inmuebles indicando su valor y d) Muebles: vehículos, naves, aeronaves, ganado, obras de arte, joyas, etc., indicando sobre todos ellos su valor.

2- Pasivos: a) Créditos bancarios: hipotecas, prendas y préstamos de cualquier clase, y b) Créditos comerciales.

3- Egresos Mensuales y Anuales: a) Alquileres y expensas, b) Servicios básicos, agua, luz, gas, seguro médico, etc., c) Arrendamientos, d) Impuestos, e) Gastos de tarjetas de crédito y f) Gastos ocasionados por viajes u otras actividades considerables de ocio.

4- Ingresos: a) Remuneración fija pública, y b) Remuneración proveniente de la docencia y otros<sup>64</sup>.

La primera ley de la nación (que aún sigue vigente) que se sancionó para reglamentar lo dispuesto en el art. 104 de la CNP fue la N° 196 de fecha 22 de junio de 1993 “Que dispone a los candidatos a presidente, vicepresidente de la republica y los gobernadores departamentales, la obligatoriedad de efectuar la declaración jurada de sus bienes”. La ley contiene seis artículos y establece que los sujetos obligados tienen el deber de efectuar la declaración jurada de los bienes que conforman su activo y pasivo, con expresión del valor de los mismos, dentro del país como en el extranjero, indicando su fecha de adquisición y la fuente de los recursos destinados para su obtención. Esta obligación también incluye la indicación de los bienes adquiridos por herencia, donación, y todas las transferencias que hubiera realizado en los últimos doce meses antes de la fecha fijada para las elecciones. Todo esto debe realizar ante un escribano público por lo menos treinta días antes de la fecha fijada para las elecciones, debiendo presentar un testimonio autenticado de la escritura ante el tribunal superior de justicia electoral. El dato

<sup>63</sup> El procedimiento de verificación ayuda también a identificar a los funcionarios públicos que han omitido presentar su declaración jurada a los efectos de que las presenten en un plazo determinado bajo apercibimiento de ser pasibles de sanción administrativa si continúan reuantes con respecto a esa obligación.

<sup>64</sup> En general las declaraciones juradas de bienes y rentas de los distintos países presentan en cierta medida todos los ítems mencionados.

positivo de esta ley es que dispone que la declaración jurada de bienes y rentas sea inscrita en un registro habilitado en el tribunal superior de justicia electoral para que pueda ser examinado por cualquier persona y para su publicación por los medios masivos de comunicación social.

Posteriormente en el año 2004, el Congreso de la nación paraguaya tuvo la iniciativa de crear una ley que viniese a reforzar la obligación constitucional de prestar declaración jurada, y para tal efecto se sancionó la Ley N° 2453/04 “Que reglamenta el art. 104 de la Constitución Nacional y establece la obligatoriedad de la presentación de la declaración jurada de bienes y rentas de los funcionarios y empelados públicos”. Esta ley se destaca por contener sanciones y disposiciones más efectivas que motivan a los funcionarios a presentar su declaración jurada de bienes y rentas en tiempo y en forma, ya que establece que si no se presenta constancia que acredite el cumplimiento de esta obligación, la institución pública en la que presta servicio se encuentra facultada a retener la remuneración correspondiente a su cargo mientras no lo haga, siendo además esta omisión una causal de destitución<sup>65</sup>. Además, considera hecho grave la comprobación de cualquier dato o constancia falsa señalada en la declaración jurada, teniendo la CGR la obligación de comunicar dicha circunstancia a la institución pública de la que depende el funcionario, para que previo sumario, sea destituido de su cargo<sup>66</sup>. Sin embargo, esta ley no se encuentra actualmente vigente, porque inmediatamente después de su sanción ha sido vetada en su totalidad por el Poder Ejecutivo mediante Decreto N° 3291, argumentando que la ley no hace referencia al carácter público o reservado de la declaración jurada de bienes respecto de terceros interesados, lo cual afecta significativamente a la transparencia de la función pública. Además, la ley carece igualmente de previsión adecuada en cuanto a las sanciones y mecanismos de aplicación de ellas, respecto a magistrados judiciales y miembros del Congreso nacional. Esta ley ha sido remitida al Congreso para el estudio y pronunciamiento sobre las objeciones realizadas, no siendo tratada nuevamente hasta el día de hoy.

Por último, cabe mencionar que cierto sector de la literatura sostiene que la obligación impuesta al funcionario de prestar públicamente su declaración de bienes y rentas implicaría una forma de restricción de sus derechos y libertades funcionariales o una especie de proceso en su contra. Estos supuestos no tienen valor ni fundamento alguno en un Estado Social y Democrático de Derecho que reconoce que todo funcionario que ejerce funciones públicas no se encuentra en un pie de igual con el ciudadano, ya que el vínculo jurídico que mantiene con la función pública hace que adquiera unos deberes, obligaciones y prohibiciones cuantitativa y cualitativamente diferentes a los deberes y obligaciones generales que un ciudadano común posee en un Estado de Derecho. Este es el argumento que legitima la imposición de cualquier mecanismo de control sobre la persona y actuaciones del funcionario público. Señala BIELSA que el Estado determina ciertas condiciones que se encuentran incluidas en el régimen de la función pública (condiciones de admisión, establece las incompatibilidades, fija la retribución e instituye el derecho disciplinario), las cuales terminan siendo aceptadas por el candidato que ocupa el cargo público. En ese régimen, el Estado puede determinar una forma de vigilancia que no tiene porqué afectar el honor del funcionario precisamente por ser una norma justificada, por

---

<sup>65</sup> Art. 3 de la Ley 2453/04: “Al recibir la declaración jurada de bienes y rentas de un funcionario o empleado público, la Contraloría General de la Republica expedirá al mismo una constancia en duplicado que acredite el cumplimiento de la obligación establecida en el art. 104 de la Constitución Nacional”.

-Art. 4: “El funcionario o empleado público que manifestare haber cumplido con la obligación de presentar la declaración jurada de bienes y rentas, entregará el original de la constancia mencionada en el artículo anterior a la dirección administrativa de la institución a la que presta servicio, para que esta le habilite a percibir la remuneración correspondiente al cargo que desempeña. En caso de no presentar la constancia correspondiente, su remuneración será retenida por la institución mientras no lo haga, y estará incurso en causal de destitución”.

<sup>66</sup> Art. 6 de la Ley 2453/04: “La comprobación de la falsedad de la información proveída por un funcionario o empleado público en su declaración jurada de bienes y rentas, constituye un hecho grave. En caso de producirse, la Contraloría General de la Republica comunicará inmediatamente el hecho a la institución de la que dependa el referido funcionario, para que, previo sumario administrativo, lo destituya del cargo”.

lo que si se le solicita explicación o cuentas sobre su gestión patrimonial no es con un propósito vejatorio. Al contrario, es una razón superior de interés público y de moralidad administrativa que justifica esa atribución del Estado y que también se ofrece como una garantía a los ciudadanos<sup>67</sup>. En consecuencia, y por más que ocurre a menudo, no creemos que el funcionario público esté legitimado a obviar o postergar la presentación de su declaración jurada de bienes y rentas en tiempo y forma, puesto que tiene vedado alegar la ignorancia de sus deberes legales<sup>68</sup>, y menos si es uno de naturaleza constitucional.

### **3.2.2. Recepción y creación de un registro de las declaraciones juradas.**

Por mandato del art.283.6 de la CNP, la CGR tiene la función específica de recibir las declaraciones juradas de bienes y rentas remitidas por todas las entidades del sector público para su archivo físico (examinando previamente si estas cumplen los aspectos formales exigidos por la ley), y para tal efecto, crea un registro de las mismas que sirve de base de datos. La introducción de esta obligación en la Constitución ha constituido sin dudas un gran avance en la lucha contra la corrupción; sin embargo, puede decirse que la misma no es del todo eficiente porque el legislador ha omitido tanto en la citada norma constitucional como en la ley interna nacional que la reglamenta, referencia alguna sobre el carácter público o privado del registro, es decir, si permite o no el acceso irrestricto de tales documentos a los ciudadanos de acuerdo al principio de publicidad. Este silencio sobre el carácter del registro pareciera demostrar que según la legislación paraguaya la publicación de la declaración jurada de bienes es un atributo potestativo del funcionario público.

Todo Estado democrático que acoge dentro de sus principios al de transparencia, la regla general es que las actuaciones de las entidades estatales y sus miembros sean públicas, y el secreto, cuando tenga un sustento legal racional, sea la excepción. Es por eso que a partir de la última década del siglo pasado los convenios internacionales ha promovido que la transparencia de las acciones estatales sea el punto de partida del proceso de democratización del poder público, instado a los Estados partes a que contemplen en sus legislaciones mecanismos jurídicos que posibiliten el acceso al público de los actos, informes, dictámenes y procesos decisorios gubernamentales. En consecuencia, los Estados han ido introduciendo a sus ordenamientos jurídicos leyes que obligan a los entes públicos a divulgar públicamente, tanto los datos respecto de sus actividades como cualquier tipo de información sobre los individuos que ejercen funciones para el Estado<sup>69</sup>.

### **3.2.3. Elaboración de exámenes de correspondencia.**

Otra de las funciones primordiales que la Constitución otorga a la CGR es la elaboración de exámenes de correspondencia entre las declaraciones juradas presentadas por un funcionario durante el ejercicio de su cargo. A parte de que facilita el control administrativo de las cuentas de los funcionarios públicos, este procedimiento también constituye un medio indispensable para la investigación de los casos de enriquecimiento ilícito, puesto que de sus conclusiones pueden derivar indicios sobre incrementos patrimoniales que no se ajustan a las realidades económicas del declarante. De acuerdo al reglamento para la elaboración de dictámenes de correspondencia (REDC) confeccionado por la CGR, el “examen de correspondencia” es el producto elaborado en base al examen técnico realizado a las declaraciones juradas de bienes y

<sup>67</sup> BIELSA, Rafael. *La función pública*. op. cit. pág. 217.

<sup>68</sup> POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto. *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 1989. pág. 118.

<sup>69</sup> *Gestión pública iberoamericana para el siglo XXI. Documento aprobado por la XL reunión ordinaria del consejo directivo de la CLAD*. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. Santo Domingo. Año 2010. pág. 8.

rentas, presentadas de conformidad al art. 104 de la CNP y a las evidencias recolectadas a través de los informes proporcionados por diversas instituciones públicas o privadas, para determinar la razonabilidad de la variación del patrimonio del declarante, para el cual se aplica los principios contables generalmente aceptados y las normas de auditoría, a fin de obtener elementos de juicio suficientes y competentes que permitan emitir una opinión al respecto<sup>70</sup>.

El examen consiste básicamente en el análisis de cada declaración jurada presentada por el funcionario y la posterior comparación contable de las mismas, a los efectos de registrar cualquier diferencia significativa entre lo declarado como ingreso (remuneraciones legales y otras fuentes económicas) y el incremento de bienes que haya experimentado su patrimonio<sup>71</sup>. Si de este examen resultase alguna diferencia cuantitativa excesiva, el ente administrativo está facultado a solicitar al funcionario cualquier documento de descargo o información de fuente distinta que ayude a determinar la veracidad de lo declarado. De existir alguna circunstancia sospechosa no refutada por el funcionario, la CGR debe emitir un dictamen o informe con los datos y conclusiones del examen para luego comunicarlo al fiscal general del Estado a los efectos de que proceda a iniciar alguna investigación penal si corresponde. Cabe mencionar que la realización del mencionado examen puede iniciarse por medio de denuncia particular o de oficio por la propia CGR de acuerdo a sus facultades de control, tanto al cese de la relación funcional del sujeto con el Estado, como durante el ejercicio del cargo público.

El procedimiento del examen de correspondencia es el siguiente:

1) Los encargados del examen de correspondencia deberán primeramente ingresar en la base de datos todos los datos contenidos en la primera declaración jurada de bienes y rentas presentada por el funcionario o ex funcionario, y a través de la aplicación de procedimientos contables elaborará un resumen general sobre el patrimonio neto a los efectos de establecer su situación patrimonial al inicio de la función pública.

2) El mismo procedimiento se realiza con la última declaración jurada de bienes y rentas presentada por el funcionario o ex funcionario.

3) Luego se procede a solicitar informes a distintas instituciones públicas y privadas<sup>72</sup> cuyas bases de datos posean algún tipo de información relativo a lo declarado por el funcionario o ex funcionario. Con los datos proporcionados se obtiene:

a) La comparación de la información suministrada en la declaración jurada para lograr su confirmación. Si del análisis de la declaración jurada de bienes y rentas se evidencia la consignación de datos falsos o inexactos, el declarante podrá ser enjuiciado por el delito de declaración falsa prevista en la ley penal<sup>73</sup>.

b) Se verifica el saldo que se consigna en la declaración jurada y se compara con los datos que reflejan los movimientos bancarios si los hubiere.

<sup>70</sup> Punto 5° del apartado “Definiciones”. Reglamento para la Elaboración de Dictámenes de Correspondencia. op. cit. idem pág.

<sup>71</sup> En todos los casos se tendrá en cuenta el patrimonio neto de la última declaración para relacionarlo con el estado patrimonial real que posea el funcionario al momento del examen a fin de verificar la exactitud de lo declarado, como también, para compararlo con la situación patrimonial que tenía la persona al iniciar la función pública. Con este último procedimiento se identifican las posibles variaciones patrimoniales injustificadas (con respecto a sus ingresos legítimos) que el funcionario experimenta durante el ejercicio de su cargo.

<sup>72</sup> A modo de ejemplo se citan las siguientes: a) Institución pública en la que el funcionario ejerce o ha ejercido funciones, b) Registro civil de las personas, c) Subsecretaría de Estado de tributación, d) Registro público de la propiedad; e) Superintendencia de bancos y seguros, f) Registro de marcas comerciales, etc.

<sup>73</sup> Art. 243 del CPPyo: “1° El que presentara una declaración jurada falsa ante un ente facultado para recibirla e invocando tal declaración, formulara una declaración falsa será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años. 2° El que actuara culposamente respecto a la falsedad, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa”.

c) Se analizan los débitos, créditos y transferencias, con relación a los ingresos y gastos del funcionario por periodos fiscales en general, y en especial se analiza el estado patrimonial al momento de realizar adquisiciones o contraer créditos.

4) Se contabiliza la suma total percibida en concepto de salario u otras remuneraciones permitidas al funcionario público. Además, se determina la situación patrimonial del funcionario durante el ejercicio de la función pública con el objeto de corroborar los gastos de la persona y así demostrar su nivel de vida, como también, la inexistencia de otros ingresos legales. Este procedimiento se extenderá asimismo al cónyuge del funcionario.

5) Se comparan globalmente las situaciones patrimoniales de las declaraciones (inicial y última, o entre todas si hubiese más de dos) a fin de descubrir la presencia notoria de alguna contradicción o diferencia entre el total de sus ingresos y el total de sus gastos. En caso afirmativo, la cifra resultante equivale a “ingresos de fuentes desconocidas o no justificados legalmente”<sup>74</sup>.

Este procedimiento permite constatar al órgano de control estatal dos hechos determinantes, la existencia de un aumento del patrimonio del funcionario y la verificación de una desproporción significativa entre la suma total o entidad económica conformada por sus ingresos legítimos y los gastos que representan sus egresos. Ambos hechos constituyen indicios o sospechas que hacen suponer la comisión del delito de enriquecimiento ilícito según expresa taxativamente el REDC: “*básicamente, los indicios de enriquecimiento ilícito quedan demostrados cuando el sujeto presenta notoria contradicción o diferencia entre el total de sus ingresos y el total de sus gastos, y esta diferencia arroja como resultado una cifra que equivale a ingresos no justificados legalmente*”<sup>75</sup>. ¿Pero qué magnitud debe tener la referida diferencia para que sea considerada “notaria” y suponga un indicio? El mismo REDC señala que se considerará un indicio cuando el incremento patrimonial resulte superior al 35% del margen residual aplicado por las entidades financieras locales para el análisis de la capacidad de endeudamiento de un sujeto. Esta regla de estimación parte del criterio de que todos los ingresos legalmente obtenidos, un promedio del 65% es utilizado como margen mínimo de subsistencia o manutención, y el 35% dispone para justificar el aumento de su patrimonio<sup>76</sup>. Si el restante 35% de los ingresos legales no supone un realidad económica suficiente que justifique razonablemente la adquisición de los bienes que genera el aumento patrimonial o los gastos que tuvo el declarante en un periodo de tiempo determinado, los auditores encargados tienen la obligación de comunicar el hallazgo del mencionado incremento patrimonial injustificado a sus superiores jerárquicos y emitir posteriormente el “dictamen de correspondencia” a fin de que el Contralor General de la República lo remita junto con todos los antecedentes del caso al

<sup>74</sup> Reglamento para la Elaboración de Dictámenes de Correspondencia. op. cit. Pág. 8 “Para determinar si existe o no tal diferencia se hace uso de uno de los siguientes métodos que se detallan a continuación: **1- Método de Ingresos y Egresos:** De los egresos conocidos (todos los valores erogados para el pago de deudas reportadas por las diferentes entidades consultadas, la alimentación, entretenimiento, vestimenta, los gastos de educación, consumo de tarjetas de crédito, entre otros), se restan los ingresos de fuente conocida (corresponden a los valores percibidos por el desempeño de las funciones y otros de los cuales la auditoría ha podido comprobar su legalidad), y si los egresos son mayores que los ingresos, entonces se obtienen los ingresos de fuentes desconocidas; **2- Método de Cuentas Bancarias:** Retiros de depósitos conocidos menos los depósitos provenientes de ingresos conocidos, se obtiene como resultado los depósitos de fuentes desconocidas; tanto en los depósitos como en los retiros se excluyen las transferencias; **3- Método de Evolución del Patrimonio Neto:** Al patrimonio neto se disminuye el patrimonio neto inicial, para obtener el incremento o disminución del patrimonio neto y a ese resultado se le suman los gastos conocidos y se restan los ingresos de fuentes conocidas para obtener los ingresos de fuentes desconocidas; y **4- Método de Comprobación de Gastos:** consiste en comparar el dinero gastado con el origen conocido de ingresos. Se deben calcular todas las erogaciones, sus depósitos y lo ocultado que tuvo el declarante en un periodo de tiempo determinado y luego comparar con los montos de fondos disponibles para cada año o ejercicio a ser verificado.

<sup>75</sup> Reglamento para la Elaboración de Dictámenes de Correspondencia. op. cit. pág. 7.

<sup>76</sup> Reglamento para la Elaboración de Dictámenes de Correspondencia. op. cit. pág. 4.

ministerio público, con carácter de denuncia, para que investigue los hechos señalados<sup>77</sup>. De esta manera, queda demostrado que el examen de correspondencia es una prueba documental cuyo contenido otorga al ministerio público elementos de convicción suficientes para sustentar e impulsar una investigación penal sobre el delito de enriquecimiento ilícito, por lo que el rol de la CGR en la persecución de este delito contra la función pública es fundamental.

#### **4. LA DECLARACIÓN JURADA DE BIENES Y RENTAS EN EL DERECHO COMPARADO Y SU EFICACIA COMO MECANISMO PREVENTIVO CONTRA HECHOS DE CORRUPCIÓN.**

Los cuerpos normativos sobre las declaraciones juradas de bienes y rentas presentan características y alcances distintos según cada país, pero lo importante es que actualmente existe una tendencia global a exigir este tipo de obligación, principalmente, por impulso de los distintos convenios internacionales sobre corrupción. De acuerdo a cada ordenamiento jurídico, esta obligación puede comprender a toda persona que ejerce una función pública, no importando su modo de ingreso, otras sólo comprenden a los altos cargos<sup>78</sup>, y hay algunas que extienden sus alcances a los cónyuges y descendientes. Por otro lado, existen legislaciones que promueven la publicidad de las cuentas del funcionario como garantía de transparencia hacia los ciudadanos, en contraposición a las que restringen el acceso público confiriendo a las declaraciones un carácter confidencial y reservado.

A continuación se examinarán desde una perspectiva internacional, determinados marcos normativos sobre declaración jurada de bienes y rentas a fin de valorar su procedimiento y el grado de acceso público que los países referenciados otorgan a las declaraciones juradas. Este análisis de derecho comparado responde al interés de conocer si en estos Estados la declaración jurada de bienes se ajusta al principio de publicidad y si cumple con efectividad su función de instrumento preventivo contra los incrementos patrimoniales injustificados de los funcionarios públicos y otros hechos de corrupción.

##### **4.1. Argentina.**

En cumplimiento de las disposiciones establecidas en la CICC, la Argentina ha sancionado la Ley N° 25.188 “De Ética de la Función Pública”<sup>79</sup>. Este ordenamiento jurídico establece en su Capítulo III, específicamente en los arts. 4 al 11, un conjunto de normas que reglamentan el régimen de declaraciones juradas de bienes y rentas. El art. 4 menciona que toda persona sujeta a la citada ley tiene la obligación de presentar su declaración jurada patrimonial dentro de los treinta (30) días hábiles desde la asunción de su cargo, debiendo actualizar la información contenida en dicho documento anualmente y presentar una última declaración dentro de los treinta (30) días hábiles desde la fecha de cesación en el cargo. El art. 5 refiere a las personas que están sujetas a la obligación de presentar la declaración jurada<sup>80</sup>, las cuales

<sup>77</sup> Este es un deber y atribución que corresponde al Contralor General de la República previsto en el art. 283.7 de la CNP: “la denuncia a la justicia ordinaria y al Poder Ejecutivo de todo delito del cual tenga conocimiento en razón de sus funciones específicas, siendo solidariamente responsable, por omisión o desviación, con los órganos sometidos a su control, cuando éstos actuasen con deficiencia o negligencia”.

<sup>78</sup> Al respecto puede citarse la ley federal de los Estados Unidos de Norteamérica denominada “Ethics in Government Act” de 1978.

<sup>79</sup> Sancionada en fecha 29 de septiembre de 1999.

<sup>80</sup> Art. 5 de la Ley N° 25.188: “Quedan comprendidos en la obligación de presentar la declaración jurada: a) el presidente y vicepresidente de la Nación, b) los senadores y diputados de la Nación, c) los magistrados del Poder Judicial de la Nación, d) los magistrados del Ministerio Público de la Nación, e) el defensor del pueblo de la Nación y los adjuntos del defensor del pueblo, f) el jefe de gabinete de ministros, los ministros, secretarios y subsecretarios del Poder Ejecutivo, g) los interventores federales, h) el síndico general de la Nación y los síndicos generales adjuntos de la Sindicatura General de la Nación, el presidente y los auditores generales de la Auditoría General de la Nación, las autoridades superiores de los entes reguladores y los demás órganos que integran los sistemas de control del sector público nacional, y los miembros de organismos jurisdiccionales administrativos, i) los miembros

comprende a las máximas autoridades de los tres poderes del Estado, de los entes descentralizados y extra poder, sin embargo, no contempla a todas las categorías de funcionarios públicos, ya que la norma sólo exige la declaración jurada a los que ostentan un cargo público con nivel jerárquico no inferior a director, secretario, subsecretario, síndico, coronel (para las fuerzas armadas), rector, decano, y por último, todo funcionario que por razón de sus funciones administre un patrimonio público o privado. En cuanto a las declaraciones juradas, el art. 6 de la citada ley establece que las declaraciones deben contener una nómina detallada de todos los bienes, propios del declarante, propios del cónyuge, los que integran la sociedad conyugal, los del conviviente, los que integren en su caso la sociedad de hecho, inclusive los de sus hijos menores, en el país o en el extranjero.

El órgano encargado de recepcionar y llevar el registro de las declaraciones juradas de los funcionarios públicos que prestan funciones en la administración pública argentina corresponde a la oficina anticorrupción<sup>81</sup> dependiente del ministerio de justicia y derechos humanos, destacándose como una de sus más importantes competencias y funciones la de evaluar y controlar el contenido de las declaraciones juradas de los funcionarios públicos que pudieran constituir enriquecimiento ilícito o incompatibilidad en el ejercicio de la función pública<sup>82</sup>. Un aspecto positivo que presenta la Ley N° 25.188 es que permite una activa participación ciudadana en el control y publicidad de las declaraciones juradas al prever en el art.10 que el listado de las declaraciones juradas sea publicado en el boletín oficial, concediendo a toda persona el derecho de poder consultar y obtener una copia de las declaraciones juradas, previa solicitud al organismo registrador, señalando los objetivos que motiva la petición.

#### 4.2. Brasil.

La declaración jurada de bienes y rentas de los funcionarios públicos en la República Federativa del Brasil, fue regulada en un principio por la Ley N° 8.429/92 “De Probidad administrativa”, siendo modificada posteriormente por la Ley N° 8.730/93 “Que establece la obligatoriedad de presentar declaración de bienes y rentas para el ejercicio de cargos, empleos y funciones en los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, y otras dependencias”. El propósito de

---

del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, j) los embajadores, cónsules y funcionarios destacados en misión oficial permanente en el exterior, k) el personal en actividad de las Fuerzas Armadas, de la Policía Federal Argentina, de la Gendarmería Nacional, de la Prefectura Naval Argentina y del Servicio Penitenciario Federal, con jerarquía no menor de coronel o equivalente, l) los rectores, decanos y secretarios de las universidades nacionales, m) los funcionarios o empleados con categoría o función no inferior a la de director o equivalente, que presten servicio en la Administración Pública Nacional, centralizada o descentralizada, las entidades autárquicas, los bancos y entidades financieras del sistema oficial, las obras sociales administradas por el Estado, las empresas del Estado, las sociedades del Estado y el personal con similar categoría o función, designado a propuesta del Estado en las sociedades de economía mixta, en las sociedades anónimas con participación estatal y en otros entes del sector público, n) los funcionarios colaboradores de interventores federales, con categoría o función no inferior a la de director o equivalente, o) el personal de los organismos indicados en el inciso h) del presente artículo, con categoría no inferior a la de director o equivalente, p) todo funcionario o empleado público encargado de otorgar habilitaciones administrativas para el ejercicio de cualquier actividad, como también todo funcionario o empleado público encargado de controlar el funcionamiento de dichas actividades o de ejercer cualquier otro control en virtud de un poder de policía, q) los funcionarios que integran los organismos de control de los servicios públicos privatizados, con categoría no inferior a la de director, r) el personal que se desempeña en el Poder Legislativo, con categoría no inferior a la de director, s) el personal que cumpla servicios en el Poder Judicial de la Nación y en el Ministerio Público de la Nación, con categoría no inferior a secretario o equivalente, t) todo funcionario o empleado público que integre comisiones de adjudicación de licitaciones, de compra o de recepción de bienes, o participe en la toma de decisiones de licitaciones o compras, u) todo funcionario público que tenga por función administrar un patrimonio público o privado, o controlar o fiscalizar los ingresos públicos cualquiera fuera su naturaleza, v) los directores y administradores de las entidades sometidas al control externo del Congreso de la Nación.

<sup>81</sup> Creada por decreto de poder ejecutivo N° 152/97 y reglamentada por Decreto N° 102/99.

<sup>82</sup> Art. 2. incs. f) y g) del decreto N° 102/99.

estas dos leyes nos dice FIGUEIREDO, fue la establecer un mecanismo jurídico que demuestre algún tipo de relación entre la formación y desenvolvimiento del patrimonio del agente público y una posible actividad ilícita o inmoral en su vida funcionarial, y es por eso que el análisis de los datos ofrecidos no se limita al periodo en que el agente ocupó el cargo público, pudiendo inclusive solicitarse informaciones de periodos anteriores con el fin de llegar a la verdad patrimonial<sup>83</sup>.

La Ley N° 8.730/93 vino a ampliar la obligación de prestar declaración jurada extendiendo a toda persona que posee un cargo, empeño o función en los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, incluyendo al Presidente, vicepresidente, ministros de Estado, miembros del Congreso Nacional, miembros de la magistratura federal, miembros del Ministerio Público de la Unión, y todos cuantos ejerzan cargos electivos, empeño o funciones de confianza en la administración directa, indirecta y funcional de cualquiera de los poderes de la Unión. Estos funcionarios tienen el deber de indicar todas las fuentes de rentas que posean al momento de asumir el cargo, al final de cada ejercicio financiero, al término de la gestión pública o en caso de renuncia del cargo público<sup>84</sup>.

El órgano encargado de la recepción y registro de las declaraciones juradas de bienes y rentas es el tribunal de cuentas. En ese sentido, el declarante tiene además la obligación de remitir una copia de su declaración a dicho órgano a los efectos de ejercer el control de la legalidad y legitimidad de los bienes y rentas de acuerdo a los sistemas de control interno de cada poder del Estado. En relación al contenido de la declaración, el ordenamiento brasileño exige, con exclusión de los objetos y utensilios de uso doméstico de ínfimo valor, una relación pormenorizada de los bienes inmuebles, muebles y semovientes, títulos y valores mobiliarios, derechos sobre automóviles, embarcaciones, aeronaves y aplicaciones financieras que se encuentren dentro del país como en el exterior, que constituyan el patrimonio del declarante y de sus dependientes en la fecha respectiva. El aspecto negativo del patrimonio también debe ser declarado, es decir, todas las obligaciones del declarante, inclusive las de sus dependientes en cada periodo financiero, discriminando individualmente a los acreedores e indicando si fuera el caso, a las instituciones oficiales de crédito o cualquier otra entidad pública o privada dentro o fuera del país<sup>85</sup>.

La naturaleza de la declaración jurada de bienes y rentas en este país es pública. El art. 1.2° dispone que el declarante debe remitir una copia de su declaración al tribunal de cuentas de la unión a los efectos de publicar periódicamente en el diario oficial de la unión, por extracto, los datos y elementos señalados en la declaración (apartado IV). La obligación impuesta al funcionario de remitir una copia de su declaración al órgano público encargado del registro y control, posibilita que dicho órgano confiera publicidad a la declaración, divulgando su contenido a través del diario oficial y concediendo informaciones relativas a la misma a todo ciudadano que quisiera viabilizar el ejercicio de la acción popular sobre cualquier acto lesivo al patrimonio público o de inmoralidad administrativa (arts. 9 al 11 de la Ley N° 8.429/92)<sup>86</sup>.

### 4.3. Chile.

La República de Chile ha introducido a su ordenamiento legal la Ley N° 20.088 de fecha 5 de enero de 2006 “Que establece como obligatoria la declaración jurada de bienes a las autoridades que ejercen una función pública”, la cual se encuentra a su vez reglamentada

<sup>83</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa. Comentarios a la Ley 8.429/92 y legislación complementaria*. 6ª Edición. Editorial Malheiros. Sao Paulo. Año 2004. pág. 171.

<sup>84</sup> Art. 1 de la Ley N° 8.730/93.

<sup>85</sup> Art. 4 de la Ley N° 8.730/93.

<sup>86</sup> GARCÍA, Emerson; PACHECO ALVES, Rogério. *Improbidade administrativa*. 5ª Edición. Editorial Lumen Juris. Rio de Janeiro. Año 2010. pág. 155.



mediante el Decreto N° 45/06 de fecha 22 de marzo. Estos cuerpos legales tiene por objeto principal el perfeccionamiento desde el punto de vista administrativo del sistema de declaraciones de intereses a que están obligados los empleados públicos<sup>87</sup> establecidos en la Ley 18.575 “Orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado”, mediante la adición de un régimen legal de control sobre sus patrimonios. La Ley N° 20.088 obliga a todos los funcionarios que tienen el deber de prestar declaración de intereses a tenor del art. 59 de la Ley 18.575, a que también realicen su declaración jurada de bienes y rentas, siendo los sujetos obligados: el presidente de la república, los ministros de Estado, los subsecretarios, los intendentes y gobernadores, los secretarios regionales ministeriales, los consejeros del consejo de defensa del Estado, el contralor general de la república, los oficiales generales y oficiales superiores de las fuerzas armadas y niveles jerárquicos equivalentes de las fuerzas de orden y seguridad pública, los alcaldes, concejales y consejeros regionales, las autoridades y funcionarios directivos, profesionales, técnicos y fiscalizadores de la administración del Estado que se desempeñen hasta el nivel de jefe de departamento o en su equivalente<sup>88</sup>. La declaración jurada también comprende los bienes del cónyuge de las personas citadas, siempre que estén casados bajo el régimen de sociedad conyugal.

Como puede apreciarse, la Ley N° 20.088 sólo obliga a prestar declaración jurada de bienes y rentas a funcionarios que ostentan un cargo público altamente jerarquizado dentro de la administración pública (nivel de jefe de departamento o su equivalente) y en entes descentralizados, excluyendo a los funcionarios que prestan servicios en los demás poderes del Estado (Legislativo y Judicial). Dicha omisión ha sido corregida en parte por el reglamento previsto en el Decreto N° 45/06 que ha extendido la obligación a los senadores y diputados, los miembros del tribunal constitucional y los miembros del ministerio público<sup>89</sup>.

Por otro lado, la ley sostiene que las declaraciones deberán detallar todos los inmuebles del declarante, indicando las prohibiciones, hipotecas, embargos, litigios, usufructos, fideicomisos y demás gravámenes que les afecten, con mención de las respectivas inscripciones, sus vehículos motorizados, valores y derechos que le corresponden en comunidades o en sociedades constituidas en el país, como asimismo, el pasivo de su patrimonio si es superior a cien unidades tributarias mensuales<sup>90</sup>. El órgano encargado de recibir las declaraciones juradas es el Contralor General de la República o el contralor regional respectivo<sup>91</sup>, debiendo el funcionario realizar su presentación dentro del plazo de treinta (30) días desde la asunción del cargo. Por último, el ordenamiento chileno garantiza a los ciudadanos la publicidad del contenido de la declaración jurada debiendo el funcionario proceder a su actualización cada vez que sea nombrado en un nuevo cargo, o cada cuatro (4) años<sup>92</sup>.

#### 4.4. Costa Rica.

La declaración jurada de bienes y rentas tiene consideración constitucional en Costa Rica, específicamente en el Título XV “El Servicio Civil”, cuyo art. 193 dice: “El presidente de la república, los ministros de gobierno y los funcionarios que manejan fondos públicos, están obligados a declarar sus bienes, los cuales deben ser valorados, todo conforme a la ley”. El citado precepto constitucional se encuentra reglamentado mediante la Ley N° 8.422 de octubre

<sup>87</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno*, en: Bueno Arús, Francisco (Coord): *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Prof. Alfonso Serrano Gómez*. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2006. pág. 792.

<sup>88</sup> Art. 60 A de la Ley 20.088; art. 2 del Decreto N° 45/06.

<sup>89</sup> Art. 4 del Decreto N° 45/06.

<sup>90</sup> Art. 60 C de la Ley 20.088; arts. 6 y 7 del Decreto N° 45/06.

<sup>91</sup> Art. 14 del Decreto N° 45/06.

<sup>92</sup> Art. 60 D de la Ley 20.088; art. 11 del Decreto N° 45/06.

de 2004 “Contra la corrupción y el enriquecimiento lícito en la función pública”. El Capítulo III de este cuerpo legal establece el procedimiento relativo a la declaración jurada sobre la situación patrimonial de los miembros de la función pública, que es exigido al conjunto de funcionarios pertenecientes a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, como también, a los que prestan servicios en otros órganos extra poder previstos en la Constitución y a los empleados de sujetos de derecho privado que administren, custodien o sean concesionarios de fondos, bienes y servicios públicos<sup>93</sup>. Este es un dato positivo que presenta la Ley N° 8.422 y que lo diferencia de otros marcos legales sobre declaraciones juradas. La presentación de la declaración deberá hacerse ante la Contraloría General de la República dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha del nombramiento o a la declaración oficial de elección por parte del tribunal supremo de elecciones cuando se trate de cargos de elección popular, y de la misma forma al cese de funciones, debiendo actualizarse anualmente haciendo constar los cambios y las variaciones registradas en la situación patrimonial declarada<sup>94</sup>.

Del sistema de declaraciones juradas de Costa Rica puede apreciarse dos características singulares. En primer lugar, el régimen de la declaración jurada de bienes en principio no obliga a la totalidad de los sujetos que forman parte de la función pública, refiriéndose solamente a aquellos funcionarios que poseen un alto cargo jerárquico o prestan servicios en determinadas entidades públicas. Sin embargo, la Ley N° 8.422 dispone que el simple hecho de que un funcionario no sea sujeto pasivo de la ley, no impide que los órganos de control realicen averiguaciones y estudios pertinentes para determinar un eventual enriquecimiento ilícito o cualquier otra infracción<sup>95</sup>. En segundo lugar, este ordenamiento jurídico establece la confidencialidad de las declaraciones restringiendo el acceso público a las mismas, salvo para el propio declarante o cuando así lo requiera ciertas comisiones especiales del Congreso, la contraloría, el ministerio público o los órganos jurisdiccionales, para investigar y determinar la comisión de posibles delitos previstos en la ley. Si bien la confidencialidad no restringe el derecho de los ciudadanos a saber si la declaración fue presentada conforme a la ley, su contenido se encuentra fuera del alcance del control público ya que tiene carácter reservado<sup>96</sup>.

#### 4.5. Perú.

El art. 41 de la Constitución de Perú de 1993 expresa: “Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley. Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el fiscal de la nación, por denuncia de terceros o de oficio, formulará cargos ante el poder judicial. La ley establecerá la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública. El plazo de prescripción se duplica en el caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”.

El desarrollo de los alcances y fines del citado precepto constitucional en cuanto a la declaración jurada de bienes, ha sido regulado por la Ley N° 27.482 de fecha 15 de junio de 2001. Este ordenamiento presenta las siguientes características: a) ha optado por definir a los sujetos obligados mediante criterios de jerarquía<sup>97</sup> precisando que no sólo deben realizar la declaración jurada de bienes y rentas los titulares de los poderes del Estado, de los órganos constitucionales autónomos y de los gobiernos regionales y locales –siempre que administren

<sup>93</sup> Art. 21 de la Ley 8.422/04.

<sup>94</sup> Art. 22 de la Ley 8.422/04.

<sup>95</sup> Art. 23 de la Ley 8.422/04.

<sup>96</sup> Art. 24 de la Ley 8.422/04.

<sup>97</sup> Art. 2 de la Ley N° 27.482/01.

recursos superiores a 2000 unidades tributarias–, sino también los funcionarios que posean niveles jerárquicos secundarios, y en general, todos aquellos que administren o manejen fondos del Estado o de organismos sostenidos por este<sup>98</sup>, b) la declaración sólo comprende los ingresos, bienes y rentas del funcionario sin incluir el pasivo, es decir, los gastos y obligaciones que ha asumido<sup>99</sup>, circunstancia que hace difícil la determinación real del estado patrimonial, y c) la declaración debe presentarse al inicio, durante el ejercicio con una periodicidad anual y al término de la gestión o función, ante la contraloría general de la república, entidad que la registra y archiva<sup>100</sup>.

En relación a la naturaleza del registro, la propia Constitución peruana ordena que las declaraciones juradas sean publicadas en el diario oficial conforme lo disponga la ley. Para reforzar la publicidad de los archivos públicos, el Estado peruano aprobó la Ley N° 27.806/02 “De transparencia y acceso a la información pública” en la que se afirma que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por esa ley. Este marco legal contiene un conjunto de disposiciones que imponen al Estado la entrega de información a las personas que la soliciten expresamente, y el dictado de medidas que garanticen la debida disposición de información de interés general a la ciudadanía y el escrutinio público de la misma.

#### 4.6. El Salvador.

La Asamblea Legislativa del El Salvador sancionó el Decreto N° 2.833 de fecha 24 de abril de 1959<sup>101</sup>, que contempla en su Título II la obligación de los funcionarios públicos de prestar declaración jurada del estado de su patrimonio. A diferencia de los demás países, este ordenamiento jurídico establece como ente registrador a la Corte Suprema de Justicia, debiendo los obligados presentar su declaración jurada dentro de los sesenta (60) días siguientes a la posesión del cargo público y en igual termino al cese<sup>102</sup>. Por otra parte, El Salvador ha adoptado el mismo criterio asumido por Costa Rica de obligar a los funcionarios que ostentan cargos altamente jerarquizados dentro de todos los poderes del Estado, entes descentralizados y órganos extra-poder, estableciendo que aquellos funcionarios que no se encuentran obligados por los alcances de la ley, pero que cumplen una función pública, puedan igualmente ser requeridos por la Corte Suprema de Justicia a que presenten su declaración jurada de bienes y rentas<sup>103</sup>. Estos funcionarios pueden ser requeridos a detallar y estimar la relación completa de sus bienes y créditos a su favor o en contra, los de su cónyuge e hijos, teniendo este contenido carácter reservado.

#### 4.7. Estados Unidos de Norteamérica.

La función pública en los Estados Unidos de Norteamérica ha sufrido una notable reforma a consecuencia de las repercusiones del caso Watergate que había sacado a la luz una trama de actuaciones ilegales cometidas por funcionarios políticos y federales. Aunque el funcionario de carrera permaneció ajeno de toda responsabilidad en estos hechos, inevitablemente sufrió las salpicaduras de una opinión pública que no hacía distinciones entre

<sup>98</sup> *Fiscalización de declaraciones juradas de ingresos y de bienes y rentas en el Perú*. Contraloría General de la Republica. Lima. Año 2008. Pág. 30.

<sup>99</sup> Art. 3 de la Ley N° 27.482/01: “La declaración jurada debe contener todos los ingresos, bienes y rentas, debidamente especificados y valorizados tanto en el país como en el extranjero, conforme a formato único aprobado por el reglamento de la presente ley”.

<sup>100</sup> Art. 4 de la Ley N° 27.482/01.

<sup>101</sup> El contenido de este decreto ha sufrido reformas a través de los Decretos legislativos 2930 de fecha 21 de septiembre de 1959, 582 de fecha 4 de abril de 1974 y 283 de fecha 9 de julio de 1992.

<sup>102</sup> Párrafo 1° del art. 3 del Decreto N° 2.833.

<sup>103</sup> Art. 5 del Decreto N° 2.833.

clases de funcionarios<sup>104</sup>. Esta circunstancia motivó la creación de un nuevo sistema para los funcionarios superiores de carrera y de designación política, y en ese sentido fueron sancionadas una serie de leyes promovidas por la administración del Presidente Jimmy Carter entre las que se encontraba la “Ethics in Government Act” de 1978. Esta ley establece que todos los funcionarios y empleados federales de cierta jerarquía (no comprende a todas las personas que ejercen una función pública) tienen la obligación de revelar anual y públicamente la declaración de sus respectivos estados patrimoniales y financieros, así como todas las fuentes de sus ingresos. Los sujetos pasivos de la ley son: el presidente, los candidatos a presidente, el vicepresidente, la rama superior del ejecutivo y de las fuerzas armadas, los funcionarios ejecutivos del gobierno, el personal civil dependiente de la oficina ejecutiva del presidente, los miembros del congreso, los jueces de la corte suprema de justicia, los jueces de los tribunales de apelación, los jueces de los juzgados de distritos y los jueces de los tribunales de apelación de las fuerzas armadas<sup>105</sup>.

El ente encargado de recibir y controlar las declaraciones juradas es la Oficina de Ética Gubernamental, la cual se centra más en identificar potenciales conflictos de intereses de los funcionarios y no en el descubrimiento de incrementos patrimoniales injustificados<sup>106</sup>. En cuanto a los plazos, la Ethics in Government Act dispone varias hipótesis. De forma general establece que la declaración deberá presentarse dentro de los treinta (30) días de asumir el cargo público, a no ser que el funcionario o empleado vaya a dejar su cargo para asumir otro, debiendo presentar una nueva declaración con treinta (30) días de antelación a la posesión de su nuevo cargo, o si ya lo hubiera hecho como candidato para asumir un nuevo cargo. Dentro de los cinco (5) días posteriores al envío por parte del presidente al senado de la nominación de un individuo para un cargo que requiere el consentimiento del senado, y para los casos de egreso o cese del cargo, dentro de los treinta (30) días posteriores al último día de servicio activo<sup>107</sup>. Como dato a resaltar, esta ley menciona que los candidatos a la presidencia, a la vicepresidencia o a cargos legislativos federales deben presentar sus respectivas declaraciones con no menos de treinta (30) días de anticipación a la elección en la que cada uno de ellos compite<sup>108</sup>.

En cuanto a los alcances de la publicidad de las declaraciones, estas varían en función a la clase y categoría del funcionario declarante. Así, son de acceso público las declaraciones juradas de los funcionarios de jerarquías superiores y de índole confidencial las presentadas por quienes ocupan cargos medios e inferiores dentro de la estructura de la función pública.

#### 4.8. Francia.

Con el fin de garantizar una mayor transparencia financiera en la vida política, el Estado francés ha sancionado la Ley N° 88-227 de fecha 11 de marzo de 1988. Este régimen jurídico establece un mecanismo para evaluar la evolución del patrimonio de ciertos funcionarios públicos elegidos por elección popular y a los titulares de determinados organismos públicos (por ejemplo, el director de Telecom Francia), con el objeto de asegurar que los mismos no experimenten un enriquecimiento ilícito a consecuencia de un ejercicio anormal de sus funciones. Por esa razón, las personas indicadas en la ley tienen la obligación de prestar una

<sup>104</sup> DE LA CRUZ FERRER, Juan. *La función pública superior en Estados Unidos*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 1984. pág. 89.

<sup>105</sup> El inc. f del apartado 101 “Personas requeridas” (Persons required to file) de la Ethics in Government Act comprende el listado completo de los funcionarios y empleados públicos que están obligados a presentar declaración juradas de bienes y rentas.

<sup>106</sup> LANDONI, Mariano. *Relevamiento de las normas y procedimientos de presentación de declaraciones juradas dentro de la administración pública*, en: Bruzzone, Gustavo; Gullco, Hernán (Coordinadores): *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. pág. 148.

<sup>107</sup> Incs. b y e del apartado 101 de la Ethics in Government Act.

<sup>108</sup> Inc. “c” del apartado 101 de la Ethics in Government Act.

declaración sobre su situación financiera tanto al inicio de sus funciones como al final. La ley señala como sujetos obligados al presidente, ministros, secretarios de Estado, diputados y senadores, diputados europeos, presidentes de consejos regionales, presidente de la asamblea de Córcega, presidente ejecutivo de un territorio de ultramar y los alcaldes de una ciudad de mas de 30.000 habitantes<sup>109</sup>.

La presentación de la declaración esta sujeta a estrictas condiciones de tiempo y forma, cuyo incumplimiento trae aparejada la sanción de un año de inhabilitación para el funcionario electo y la nulidad de su nominación. Todo sujeto obligado tiene un plazo de hasta dos meses después de su nombramiento para enviar su declaración jurada, debiendo hacerlo en el mismo término en el caso de cesar en sus funciones<sup>110</sup>. Para el efecto, la ley ha creado un órgano colegiado encargado de recibir y controlar las declaraciones juradas llamado “Comisión para la transparencia financiera de la vida política”<sup>111</sup>, cuya principal función es evaluar la variación de la riqueza detallada en las declaraciones juradas presentadas por los sujetos obligados (la presentada al inicio y al final). Si de tal evaluación se comprueba que los cambios de riqueza no tienen una explicación satisfactoria, es deber de la comisión remitir el caso con todos los antecedentes al ministerio público, sin antes dar a las partes interesadas la oportunidad de presentar sus objeciones y observaciones verbalmente o por escrito<sup>112</sup>.

#### 4.9. España.

En el Estado español la declaración jurada de bienes y rentas es una medida administrativa que está destinada principalmente a prevenir hechos de corrupción política, y es impuesta a altos cargos y funcionarios de responsabilidad. Con este documento es posible conocer la procedencia de las fuentes de ingresos de estos servidores públicos y se descubren enriquecimientos que no pueden ser explicados<sup>113</sup>. La declaración jurada de bienes se encuentra prevista y regulada en tres ordenamientos legales: la LO 5/1985 “Régimen electoral general” (art.160), la Ley 5/2006 “De regulación de los conflictos de intereses de los miembros del gobierno y de los altos cargos de la administración general del Estado” (art. 12) y la Ley 7/1985 “De regulación de las bases del régimen local” (art.75.5). Puede afirmarse que en el ordenamiento jurídico español la declaración jurada es una obligación comprendida dentro del régimen de incompatibilidades dirigida a un grupo de funcionarios muy reducido, específicamente, a los que ejercen cargos altamente jerarquizados dentro de la estructura de los poderes Ejecutivo y Legislativo, y a los miembros de las corporaciones locales. Por lo tanto, se excluye del deber de declaración a los miembros del Poder Judicial, a los de otros órganos constitucionales distintos del gobierno y a todo funcionario que carezca de la condición de cargo político<sup>114</sup>.

<sup>109</sup> Art. 2 de la Ley N° 88-227. Este artículo fue ampliado por el Decreto N° 96-762 de septiembre de 1996.

<sup>110</sup> Art. 1 de la Ley N° 88-227.

<sup>111</sup> Para mayor información sobre este órgano, Vid: [www.commission-transparence.fr](http://www.commission-transparence.fr).

<sup>112</sup> Art. 3 de la Ley N° 88-227.

<sup>113</sup> Afirma VILLORIA MENDIETA que hay personas que cuando ingresan en política o cuando ocupan puestos administrativos ya poseen una gran fortuna, de forma que la revelación de ese patrimonio puede ayudar a conocer fuentes de conflicto, pero lo normal es que las personas no posean tal fortuna, y si durante el mandato se adquiriese un patrimonio incoherente con los ingresos conocidos, al conocerse el patrimonio de partida, existirían fundamentos para iniciar investigaciones sobre posibles casos de corrupción. Como ejemplo de un caso de enriquecimiento ilícito cita el famoso caso “Roldan” que tuvo como protagonista a una persona que acudió a la política como medio de vida, sin patrimonio previo, y que tras su paso por la Dirección General de la Guardia Civil se convirtió en un acaudalado propietario. El análisis de su patrimonio y de los orígenes del mismo permitió su acusación y posterior condena por delitos de corrupción (VILLORIA MENDIETA, Manuel. *Conflictos de intereses, incompatibilidades y ética del servicio público*, en: Palomar Olmeda, Alberto (Coord): El estatuto básico del empleado público y su incidencia en el ámbito local. Editorial CEMCI. Granada. Año 2007. pág. 504).

<sup>114</sup> GARCÍA MEXIA, Pablo. *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*. op. cit. pág. 183.

#### 4.9.1. Régimen electoral general. LO 5/1985.

La LO 5/1985 establece en el art. 160<sup>115</sup> que los diputados y senadores están obligados a formular declaración de todas las actividades que pueden constituir causa de incompatibilidad, así como de sus bienes patrimoniales, tanto al adquirir como al perder su condición de parlamentarios, así cuando modifiquen sus circunstancias, las cuales deben ser inscriptas en un registro de bienes constituido en cada una de las cámaras bajo la dependencia directa de sus respectivos presidentes. El legislador ha decidido otorgar a este precepto la estructura de las “normas en blanco”, pues delega la mayoría de los requisitos y condiciones del procedimiento de las declaraciones juradas de actividades y bienes (plazo de presentación, sanciones por incumplimiento, modelo y contenido) a las determinaciones del presidente y los respectivos reglamentos de cada cámara, expresando solamente que tal obligación debe realizarse al comienzo, cese o cuando se modifiquen sus circunstancias y que las declaraciones (de intereses y de bienes) deben ser inscriptas en un registro de intereses. El pleno de cada cámara es el órgano encargado de resolver sobre la incompatibilidad de la declaración de intereses, y si fuera el caso, el parlamentario tiene indefectiblemente que optar entre el escaño o el cargo, percepción o actividad, entendiéndose igualmente como renuncia al escaño en caso de no ejercitarse la opción. Aunque la ley no diga nada acerca del plazo en que el parlamentario debe ejercer la opción, ha de entenderse subsistente el de ocho (8) días establecido tanto en el art.19.3 del reglamento del Congreso, como el art.17.1 del reglamento del senado<sup>116</sup>.

Aunque la norma también emplaza a los diputados y senadores a que declaren sus bienes y fuentes de ingreso, es evidente que el objeto principal de la misma se refiere más a la declaración de actividades privadas en las que participan los sujetos obligados antes de asumir el cargo público que pudieran suscitar algún tipo de incompatibilidad con el cumplimiento de sus futuros deberes y obligaciones parlamentarios, que a la prevención de posibles incrementos patrimoniales no justificados. Esta afirmación se refuerza al establecer tácitamente la ley el carácter reservado de las declaraciones de bienes y rentas, ya que dispone solamente la publicidad del registro en lo que atañe a las declaraciones de actividades, y por el hecho de que el reglamento del senado omite referirse en su texto acerca del deber de prestar declaración de bienes y rentas, y el reglamento del Congreso de diputados se limita a manifestar su

---

<sup>115</sup> 1. Los diputados y senadores, con arreglo a las determinaciones de los respectivos reglamentos de las Cámaras, están obligados a formular declaración de todas las actividades que puedan constituir causa de incompatibilidad conforme a lo establecido en esta Ley orgánica y de cualquiera otras actividades que les proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos, así como de sus bienes patrimoniales, tanto al adquirir como al perder su condición de parlamentarios, así como cuando modifiquen sus circunstancias. 2. Las declaraciones sobre actividades y bienes se formularan por separado conforme a los modelos que aprobaran las mesas de ambas cámaras en reunión conjunta y se inscribirán en un registro de intereses, constituido en cada una de las propias cámaras bajo la dependencia directa de sus respectivos presidentes, a los efectos del presente artículo y a los que determinen los reglamentos de las mismas cámaras. La declaración de actividades incluirá: a) cualquiera actividades que se ejercieren y que puedan constituir causa de incompatibilidad, conforme al número 2 del art. 159; b) las que, con arreglo a la ley, puedan ser de ejercicio compatible; c) en general, cualesquiera actividades que proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos. La instrucción y la resolución de todos los procedimientos relativos al Registro de intereses y a las actividades de los diputados y senadores, salvo lo previsto en los restantes apartados de este artículo y en el art. 159.3, c, corresponderá al presidente de la cámara. 3. El pleno de la cámara resolverá sobre la posible incompatibilidad, a propuesta de la comisión correspondiente, que deberá ser motivada y, en el supuesto de actividades privadas, basarse en los casos previstos en el número 2 del art. 159, y, si declara la incompatibilidad, el parlamento deberá optar entre el escaño y el cargo, actividad, percepción o participación incompatible. En el caso de no ejercitarse la opción, se entiende que renuncia al escaño. 4. Declarada por el pleno correspondiente la reiteración o continuidad en las actividades a que se refiere el apartado a) o en la prestación de servicios a que alude el apartado d), ambos del número 2 anterior, la realización ulterior de las actividades o servicios indicados llevara consigo la renuncia al escaño, a lo que se dará efectividad en la forma que determinen los reglamentos de las cámaras.

<sup>116</sup> ENTRENA CUESTA, Ramón. *Comentario al Artículo 160*, en: Comentarios a la ley orgánica del régimen electoral general. Editorial Civitas. Madrid. Año 1986. pág. 1300.

obligatoriedad de acuerdo a lo previsto en la LO 5/1985 sin decir nada sobre su procedimiento y alcance<sup>117</sup>.

En el año 2011 ambas cámaras legislativas han llegado a un consenso en cuanto a la efectiva publicidad del registro de intereses, mediante la LO 7/2011 de fecha 15 de julio que modifica el art. 160.2 de la LO 5/1985 de fecha 19 de junio (Régimen Electoral General), cuyo apartado único dispone: “El contenido del registro de intereses tendrá carácter público. Las mesas de las cámaras, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero de este apartado, acordarán el procedimiento para asegurar la publicidad”. Esta reforma a la ley electoral ha sido un importante cambio en la mentalidad de los representantes del pueblo español en relación a la transparencia que debe primar en el ejercicio de la actividad política, y además, a través de la publicidad de sus bienes y rentas se ha pretendido disipar cualquier tipo de prejuicios que puedan generarse en los ciudadanos sobre conductas irregulares sospechosas difamantes o infundadas<sup>118</sup>. De esta manera, actualmente cualquier ciudadano puede acceder de forma fácil a través de la página web de cada cámara al contenido del registro de intereses, teniendo información directa sobre el contenido de las declaraciones de actividades y de bienes y rentas de cada diputado y senador<sup>119</sup>.

Sin embargo, puede decirse que las intenciones de los representantes de ambas cámaras legislativas españolas de liberarse de valoraciones sospechosas e injustificadas y de dar mayor publicidad y transparencia sobre su patrimonio, no pueden materializarse debidamente con el actual modelo de declaración jurada de bienes y rentas que han adoptado, puesto que peca de incompleto y no permite reflejar a la ciudadanía la verdadera situación patrimonial de los parlamentarios<sup>120</sup>. Si bien este modelo contiene datos que el parlamentario debe consignar en concepto de rentas (percepción salarial, dividendos y participaciones en sociedades, intereses financieros), bienes (indicando la clase, características, situación, fecha de adquisición y el derecho que tiene sobre el bien), depósitos en entidades financieras, y las deudas u obligaciones asumidas, no exige al declarante el cálculo neto de su estado patrimonial, el pago de las cuotas mensuales que realiza de los préstamos u obligaciones que ha asumido, como tampoco los gastos en que normalmente incurre en la satisfacción de las necesidades básicas de su persona y familia. Todo modelo de declaración jurada debe precisar los gastos en los que incurre el declarante porque demuestra el nivel de vida que ostenta<sup>121</sup> y permite calcular su capacidad

<sup>117</sup> Art. 18 del Reglamento del Congreso de los Diputados: “Los diputados estarán obligados a formular declaración de sus bienes patrimoniales en los términos previstos en la Ley orgánica del régimen electoral general”.

<sup>118</sup> Esta intención puede observarse en la propia exposición de motivos de la citada ley: Los diputados y senadores han de ser ejemplo de rigor y de transparencia, de manera que ambos principios constituyan las señas de identidad de su actividad política. La presente ley tiene por objeto ordenar la publicación de las rentas percibidas por los parlamentarios durante su mandato, así como las variaciones experimentadas en su patrimonio personal. La transparencia establecida en la ley no invade derechos constitucionales, ni convierte a los gestores públicos en sospechosos de conductas irregulares. Las circunstancias de la vida pública española operan a favor de la transparencia de las rentas y bienes de las personas que elaboran y aprueban leyes. Un velo protector que difumine o coloque en un registro secreto la realidad patrimonial de los legisladores, más que proteger su derecho a la intimidad, podría presentarse por aquellos que buscan la ocasión para generalizar sin rigor o difamar sin causa, como circunstancia propicia para la maledicencia y hasta como indicios sospechoso de comportamientos repudiables. La presente ley pretende contribuir a liberar a los diputados y senadores de injustificables valoraciones negativas que muchas veces se predicen del colectivo, de los políticos teniendo como única base los juicios previos. Prejuicios que sólo pueden arraigar en una opinión pública no suficientemente informada. Vid: exposición de motivos de la Ley 7/2011 (BOE N° 170, de 16 de julio de 2011)

<sup>119</sup> Vid: - [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/registro\\_intereses](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/registro_intereses).  
- <http://www.senado.es/legis10/senadores/index.html>.

<sup>120</sup> Modelo de declaración jurada de bienes y rentas acordado por las mesas del congreso de los diputados y el senado, de fecha 19 de julio de 2011. Vid: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L9/CORT/BOCG/A/CG\\_A455](http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CORT/BOCG/A/CG_A455).

<sup>121</sup> El enriquecimiento indebido de un funcionario puede acreditarse no sólo mediante un incremento real de su patrimonio, sino también, a través de un excesivo gasto personal de bienes de consumo u ocio durante un periodo de tiempo.

económica (ingresos legítimos menos gastos). Un correcto modelo de declaración jurada ideado conforme al principio de transparencia debe imprescindiblemente reflejar la capacidad económica del declarante, pues con ella se analiza si sus fuentes legítimas tienen la entidad suficiente para hacer frente al valor de los actos económicos que han enriquecido su patrimonio. En base a estas ideas es recomendable que el Poder Legislativo español modifique el actual modelo de declaración jurada de bienes y rentas, por otro que refleje todos los aspectos relevantes de la situación patrimonial de los parlamentarios.

#### **4.9.2. Régimen de conflictos de intereses de los miembros del gobierno y de altos cargos de la administración general del Estado. Ley 5/2006.**

La Ley 5/2006 es otro ordenamiento jurídico que introduce en su texto a la declaración jurada de bienes y rentas. Este cuerpo normativo encuentra su origen y fundamento en lo dispuesto en el art.98.4 de la CE<sup>122</sup>, y tiene como antecedentes a las derogadas Ley 25/1983 de fecha 26 de diciembre, Ley 9/1991 de fecha 22 de marzo y la Ley 12/1995 de fecha 11 de mayo, todas ellas sobre incompatibilidades de miembros del gobierno y altos cargos de la administración general del Estado. El art. 12 de la ley manifiesta que todas las personas que posean la condición de alto cargo están obligadas a formular una declaración patrimonial comprensiva de: 1) la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones, 2) los valores o activos financieros negociables, 3) las participaciones societarias, 4) la denominación del objeto social de las sociedades de cualquier clase en las que tenga intereses el funcionario, su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos dependientes y persona tuteladas.

La declaración debe presentarse ante el órgano de gestión creado por la ley para tal efecto, denominado Registro de bienes y derechos patrimoniales de altos cargos, en el improrrogable plazo de tres (3) meses siguientes a la fecha de posesión y cese del cargo público. En cuanto a los sujetos pasivos de la obligación de declarar bienes y rentas, el art. 3 de la ley establece que estos son: a) los miembros del gobierno, b) los secretarios de Estado, c) los subsecretarios y asimilados, los secretarios generales, los delegados del gobierno, los jefes de misión diplomática permanente, d) los directores generales de la administración general del Estado, e) el presidente del tribunal de defensa de la competencia, f) el presidente y los directores generales del instituto de crédito oficial, g) los presidentes y consejeros delegados de sociedad mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación estatal, g) los miembros de los gabinetes de la presidencia del gobierno, h) el presidente y los vocales de la comisión nacional del mercado de valores<sup>123</sup>.

El art.4.2 de la ley resalta su naturaleza preventiva<sup>124</sup>, y en ese sentido MESEGUER YEBRA sostiene que este cuerpo legal impone su reacción normativa ante cualquier eventual

<sup>122</sup> “La ley regulará el estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno”.

<sup>123</sup> Sobre este artículo de la ley, MESEGUER YEBRA señala que si bien la ley considera altos cargos a los miembros del gobierno, a los secretarios del Estado y a otros funcionarios con puestos públicos altamente jerarquizados, el concepto de “alto cargo” comprende un conjunto de cargos no identificable con los miembros del gobierno en sentido estricto, sino que se extiende a una serie de puestos jerárquicamente por debajo de los ministros y que ocupan una franja hasta el nivel de subsecretarios de especial confianza o responsabilidad. Opina el citado autor que el concepto de alto cargo permite descubrir una línea divisoria entre política y administración, que concreta la función de dirección de la administración que realiza el gobierno. De esta manera, los altos cargos se podría clasificar en: a) ministeriales -secretarios de Estados, subsecretarios, secretarios generales, secretarios generales técnicos y directores generales-, b) territoriales -delegados del gobierno en las comunidades autónomas-, y c) institucionales -presidentes o directores generales de entidades estatales autónomas o entes públicos- (MESEGUER YEBRA, Joaquín. *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la administración*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 2007. pág. 79).

<sup>124</sup> “El presente título regula la prevención y resolución de conflictos de intereses a través del establecimiento de un régimen de incompatibilidades y de las correspondientes sanciones”.



situación de riesgo objetiva y no simplemente especulado, que comprometa los valores constitucionales de legalidad, imparcialidad o discriminación y prevalencia de la atención del interés público<sup>125</sup>. Por su parte, GONZÁLEZ CIFUENTES reconoce al sistema dedeclaratividad dispuesta en la Ley 5/2006 como técnica de control de actos de corrupción, pues tiene la virtualidad suficiente para detectar aquellos casos donde se presente como aparante un enriquecimiento indebido del agente. Este sistema concede la posibilidad de intervenir en aquellas situaciones para despejar dudas o, si el supuesto lo amerita, adoptar las acciones pertinentes para investigar los concretos actos que dieron lugar al ilegítimo acrecentamiento patrimonial y punir esas conductas. Además, sostiene que lo más destacable de la declaratividad de actividades y bienes es la detección de aquellas prácticas corruptas en las que han existido uno o sucesivos precios de ventas por los actos de función<sup>126</sup>.

Sin embargo, la propia Ley 5/2006 contradice la aludida finalidad de prevención al disponer en su art. 14.3 la exclusión del acceso y control público ciudadano del registro de bienes y derechos patrimoniales, a excepción de ciertas instituciones y de acuerdo a la forma prevista en dicha normativa<sup>127</sup>. La Ley 5/2006 ha mantenido el carácter reservado del registro de bienes y derechos patrimoniales de los altos cargos bajo el argumento de conciliar sus fines y alcances con el derecho de la intimidad, lo que ha producido una abundante crítica en la doctrina<sup>128</sup>. Aunque es cierto que el derecho a la intimidad posee rango constitucional, este no puede anteponerse a la publicidad de los registros de actividades y bienes de los funcionarios públicos porque no podrían cumplir su finalidad de transparentar la actuación de la función pública, es más, como bien dice BUSTOS GISBERT, toda persona que decide arrojarse a la arena pública es conciente y asume los costes de su proyección popular<sup>129</sup>. En consecuencia, el citado autor recomienda la modificación de las normas reguladoras de la transparencia de las declaraciones de bienes de todos los que ocupen cargos públicos, a los efectos de permitir un seguimiento de la evolución de la riqueza personal de los funcionarios y políticos elegidos de modo que cualquier falta intencionada a la verdad<sup>130</sup> o cualquier enriquecimiento no suficientemente justificado genere el inmediato cese o, en su caso, la declaración de su indignidad para ocupar un cargo público.

<sup>125</sup> MESEGUER YEBRA, Joaquín. *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la administración*. op. cit. pág. 50.

<sup>126</sup> GONZÁLEZ CIFUENTES, Carolina. *Patrimonio de los gobernantes y protección de la intimidad. Técnicas de control anticorrupción de la Ley 5/2006, de 10 de abril*. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2012. pág. 114.

<sup>127</sup> Art. 14.3 de la Ley 5/2006: “El Registro de Bienes y Derecho Patrimoniales tendrá carácter reservado y sólo podrán tener acceso al mismo además del propio interesado, los siguientes órganos: a) el congreso de los diputados y el senado, de acuerdo con lo que establezcan los reglamentos de las cámaras, así como las comisiones parlamentarias de investigación que se constituyan; b) los órganos judiciales para la instrucción o resolución de procesos que requieran el conocimiento de los datos que obran en el registro, de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales; c) el ministerio fiscal cuando realice actuaciones de investigación en el ejercicio de sus funciones que requiera el conocimiento de los datos obrantes en el registro”.

<sup>128</sup> MESEGUER YEBRA, Joaquín. *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la administración*. op. cit. pág. 225.

<sup>129</sup> BUSTOS GISBERT, Rafael. *La recuperación de la responsabilidad política en la lucha contra la corrupción: una tarea pendiente*. op. cit. pág. 85; MESEGUER YEBRA, Joaquín. *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la administración*. op. cit. pág. 226 “El que se lanza a la vía pública debe ser consciente de que, al mismo tiempo que recibe prerrogativas y honores, viene sujeto a deberes y limitaciones que no afectan a los demás ciudadanos”.

<sup>130</sup> GARCÍA MEXIA, Pablo. “*Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*”. op. cit. oág. 194 “En relación con sus específicos destinatarios, las declaraciones de carácter público son muy eficaces. El simple hecho de evidenciar ante la opinión pública los pormenores de sus intereses, actividades y bienes patrimoniales es suficiente elemento disuasorio para que quienes poseen escasos escrúpulos se planteen seriamente la propia posibilidad de ocupar una función o cargos públicos y, una vez en su ejercicio, la presentación de datos falsos o incompatibles con su realidad financiera”.

### 4.9.3. Normativa sobre bases del régimen local. Ley 7/1985.

Por último, la declaración jurada de bienes es también contemplada en la Ley 7/1985 “Reguladora de las bases del régimen local”, cuyo art.75.7 dispone que todos los miembros de las corporaciones locales tiene la obligación de formular una declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos, como así también, una declaración de sus bienes patrimoniales. Esta ley ha querido sustentar su estatuto jurídico de acuerdo a los principios de publicidad y transparencia al crear dos registros, uno de intereses y otro de bienes patrimoniales, que permiten conocer cual es la situación económica de los miembros que forman las corporaciones locales, es decir, cuales son sus ingresos y su patrimonio<sup>131</sup>. BLANQUER CRIADO señala que estos registros permiten comparar cual era la situación económica del funcionario local antes de ocupar su cargo público y las eventuales variaciones que sufrió su patrimonio al abandonarlo, a los efectos de conocer si ha sacado algún provecho económico particular del ejercicio de su cargo público<sup>132</sup>.

Para determinar los sujetos obligados es necesario remitirse al texto de la Ley 7/1985 para identificar las organizaciones públicas calificadas como entidades locales y quienes forman parte del gobierno y la administración de las mismas. Según el art. 3 de esta ley las entidades locales son: a) el municipio, b) la provincia, c) la isla en los archipiélagos balear y canario, d) las entidades de ámbito territorial inferior al municipal, instituidas o reconocidas por las comunidades autónomas, e) las comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios instituidas por las comunidades autónomas, f) las áreas metropolitanas, g) las mancomunidades de municipios. De acuerdo al contenido del citado precepto, son miembros de las entidades locales, y por consiguiente, sujetos obligados a prestar declaración jurada de bienes y rentas: 1) Para los municipios: el alcalde, los tenientes alcaldes y los concejales –art. 19-, 2) Para las provincias: el presidente y los diputados –art. 32-, y 3) Para los demás casos: los miembros de los cabildos, sus presidentes y los concejos insulares –art. 41-.

Este cuerpo legal, al igual que las Leyes 5/1985 y 5/2006, establece que los sujetos obligados tiene el deber de efectuar su declaración de bienes según los modelos aprobados por los plenos respectivos, antes de la toma de posesión del cargo, con ocasión del cese y cuando se modifiquen las circunstancias de hecho, debiendo ser inscriptos en distintos registros de intereses que se crearán al efecto en cada corporación local. El Real Decreto N° 2568/1986 de fecha 28 de noviembre “Que aprueba el reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales” y que reglamenta la Ley 7/1985, dispone en su art. 30 que la custodia y dirección de los registros corresponde al secretario de cada corporación local, y a su vez, ordena que todo miembro obligado cuyo patrimonio experimente varias modificaciones a lo largo de su mandato, deberá comunicar cada variación dentro de un mes a contar desde el día en que se haya producido.

Una circunstancia a resaltar de la norma prevista en el art. 75.5 es que no regula aspectos importantes relativos al procedimiento de la declaración jurada de bienes. No determina el plazo en el que posteriormente al inicio como al cese de la posesión del cargo debe presentar el

<sup>131</sup> BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel; BALLESTEROS ARRIBAS, Silvia. *Art. 75, en: Domingo Zaballos, Manuel (Coordinador): Comentarios a la ley básica de régimen local. Editorial Thomson-Civitas. Madrid. Año 2003. pág. 1285* “Todos los miembros de las corporaciones locales están obligados a formular declaración sobre las causas de posible incompatibilidad, sobre las actividades que les proporcionen ingresos económicos y sobre sus bienes patrimoniales. Con ello se trata de garantizar la independencia en el desempeño del cargo y la imparcialidad de su actuación corporativa”.

<sup>132</sup> BLANQUER CRIADO, David Vicente. *Artículo 75, en: Rebollo Puig, Manuel; Izquierdo Carrasco, Manuel (Coords): Comentarios a la ley reguladora de las bases del régimen local. Tomo II. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2007. pág. 1930.*

obligado su declaración jurada de bienes, y sólo se limita a declarar público el registro de intereses, no ofreciendo carácter alguno al registro de bienes patrimoniales<sup>133</sup>.

## 5. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA PARAGUAYA.

El funcionario público es un sujeto que tiene una relación especial de sujeción con el Estado, que impone determinados deberes, obligaciones y prohibiciones a ser ajustados a su conducta como condición ineludible para el correcto ejercicio de las funciones que le son encomendadas. Aunque estos mandatos están previstos en la ley para que sean cumplidos, esto no ocurre siempre en la realidad cotidiana ya que existen fenómenos como la corrupción que aprovechan las deficiencias del sistema, como también las debilidades del funcionario, y consiguen que estos se desvíen de sus funciones para cometer actos corruptos. Estas desviaciones funcionales son consideradas conductas ilícitas por no estar de acuerdo con lo que prescribe la ley. Ante estas situaciones, es necesario que toda función pública disponga dentro de su marco legal, con carácter preventivo y disuasorio, un cuadro normativo general que defina las infracciones y sanciones administrativas dirigidas a evitar que los funcionarios incumplan sus compromisos con la función pública y usen su posición para obtener beneficios indebidos<sup>134</sup>. Este es el fundamento por el cual la función pública siempre ha dispuesto de un poder disciplinario estructurado por el Derecho administrativo que le permite mantener el orden interno de su organización en virtud de su facultad de poder imponer sanciones a sus funcionarios<sup>135</sup>.

Las sanciones administrativas comprenden dos grandes grupos: las sanciones de autoprotección y las sanciones de protección de orden general<sup>136</sup>. En las primeras se incluyen las impuestas al funcionario público en sus relaciones de sujeción especial con el Estado a través de la función pública. La potestad disciplinaria es una potestad de supremacía especial y ello lo diferencia con la potestad punitiva penal que es característica de la supremacía general. Éste es el modelo más puro del género de las sanciones de autoprotección administrativa<sup>137</sup>.

El Derecho disciplinario del personal del sector público se integra dentro del concepto más amplio de responsabilidad administrativa y su existencia no es una categoría especial de la función pública, sino que es propio de toda agrupación que persigue asegurar la vida ordenada del grupo. Esta responsabilidad se fundamenta, por un lado, en la sujeción general del funcionario, pero sobretudo en la sujeción especial. Esto implica que un mismo hecho pueda ser conocido por los tribunales como consecuencia de la sujeción general, y por la propia administración a través de sus órganos investidos de competencia como consecuencia de la sujeción especial, pudiendo ésta acabar mediante una sanción disciplinaria. La potestad disciplinaria resistió los intentos de absorción por el Derecho penal durante el auge del

<sup>133</sup> A pesar de que la ley no lo diga expresamente, el registro de bienes es de carácter reservado y sólo puede accederse por mandato judicial, por lo que en principio, se prohíbe dar publicidad sobre su contenido en cualquier forma. Vid: BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel; BALLESTEROS ARRIBAS, Silvia. *Art. 75*. op. cit. pág. 1285.

<sup>134</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando. *¿Puede el Derecho sancionador frenar la corrupción?* op. cit. pág. 18.

<sup>135</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho administrativo*. op. cit. pág. 171; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *Los delitos contra la administración pública*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 2003. pág. 204.

<sup>136</sup> CASTILLO BLANCO, Federico. *Función pública y poder disciplinario del Estado*. Editorial Civitas. Madrid. Año 1992. pág. 68 “La doctrina más autorizada ha venido distinguiendo entre dos tipos de sanciones, las que protegen el orden general –que encuentran su fundamento en las relaciones de sujeción general-, y las que defienden el orden doméstico e interno de la Administración Pública –que encuentran su fundamento en las relaciones de sujeción especiales-. Es claro que entre unas y otras se pueden observar diferencias, pero no en cuanto a su naturaleza o en cuanto a los principios que les son aplicables; ambas son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado”.

<sup>137</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *El problema jurídico de las sanciones administrativas*. REDA. Año 1976. pág. 399; LORENZO DE MEMBIELA, Juan. *Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera*. 2ª Edición. Editorial Thomson- Aranzadi. Navarra. Año 2008. pág. 31.

liberalismo quedando hoy consolidada en todos los países como un ordenamiento punitivo autónomo construido sobre una potestad de supremacía<sup>138</sup>.

Aceptada la existencia de la potestad sancionadora de la administración, doctrina y jurisprudencia se han puesto de acuerdo en la tesis que hoy es absolutamente dominante de que la potestad sancionadora de la administración forma parte, junto con la potestad penal de los tribunales, de un *ius puniendi* superior del Estado, que además es único, de manera que aquellas no son sino simples manifestaciones concretas de éste. Así, el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador son manifestaciones de un sistema de control social destinado a prevenir y reprimir conductas funcionales desviadas y garantizar a todo ser humano el correcto ejercicio de sus derechos<sup>139</sup>. Si se transporta esta idea al ámbito de las conductas ilícitas cometidas por los funcionarios públicos, vemos que el legislador ha establecido un sistema unitario sancionador compuesto por el régimen de infracciones y sanciones previstas en las leyes o estatutos de función pública, y por el conjunto de delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones contemplados en el código penal, los cuales tienen la misma finalidad de proteger un bien jurídico específico<sup>140</sup>, la función pública.

En el Paraguay, el sistema sancionador que previene y reprime las conductas ilícitas cometidas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones posee fundamento constitucional. Al respecto, el art. 106 de la CNP expresa: “Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto”. Esta norma constitucional legitima al legislador la introducción en el ordenamiento jurídico de un sistema de sanciones basado en la responsabilidad ocasionada por las conductas ilícitas cometidas por un funcionario en el desempeño de sus funciones, es decir, cuando transgrede sus deberes, obligaciones y prohibiciones legales, que según la Constitución puede ser política, penal, administrativa y civil.

Con relación a esta última clase de responsabilidad, el constituyente paraguayo ha sido coherente al prever la responsabilidad patrimonial directa del funcionario público cuando los actos y omisiones que implican el incumplimiento de sus deberes legales producen daños a cualquier entidad estatal o a terceras personas, siendo esta responsabilidad asumida por el Estado sólo en caso de que el funcionario público se halle en estado de insolvencia, reservándose el derecho a repetir lo pagado de lo que hubiese abonado en tal concepto, una vez que el autor del ilícito mejore su situación económica. De esta manera, puede afirmarse el carácter resarcitorio de esta clase de responsabilidad<sup>141</sup>.

<sup>138</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. op. cit. pág. 19 “Hasta no hace mucho se encontraba científicamente el Derecho administrativo sancionador en una zona de nadie, entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. Los administrativistas se limitaban a comentar los preceptos que aparecían en las leyes sectoriales, sin intentar siquiera una sistematización mínima o una fundamentación, por sumaria que fuese, de un parte o teoría general”.

<sup>139</sup> NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*. Editorial Colex. Madrid. Año 2001. pág. 24.

<sup>140</sup> CERESO MIR, José. *Límites entre Derecho penal y administrativo*. ADPCP N° 3. Año 1975. pág. 164; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *Los delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 225; GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*. Editorial Thomson-Aranzadi. Pamplona. Año 2008. pág. 201 “Puede subrayarse que tan solo son admisibles las infracciones administrativas disciplinarias en la medida en que se conciben como un medio orientado a la consecución de un objetivo que trascienda la propia sanción, ya que no pueden ser consideradas fines en sí mismas. Aquel objetivo no puede ser otro que la protección de bienes jurídicos”.

<sup>141</sup> Menciona BIELSA que hacer responsable directo al Estado por los actos de sus funcionarios, resulta una incidencia injusta de esa responsabilidad en los administrados o contribuyentes, pues toda indemnización que el Estado paga se resuelve en una carga más para los contribuyentes honestos o no culpables de las faltas de los funcionarios. Hacer pagar al Estado los daños causados por sus funcionarios culpables es fórmula cómoda, porque

Aunque la CNP no haga referencia expresa al principio de legalidad de la potestad administrativa sancionadora, esta facultad se encuentra implícita en el citado art.106, puesto que si se consagra la responsabilidad administrativa de todo funcionario que ha cometido faltas y transgresiones en el desempeño de sus funciones, es porque existe previamente en el ordenamiento que regula las funciones del servidor público un sistema disciplinario que origina tal tipo de responsabilidad. Todo régimen disciplinario trae aparejado como una de sus consecuencias la posibilidad de restringir algunos o todos los derechos que le son reconocidos al funcionario derivados de su relación con el Estado, por lo que debe sustentarse sobre ciertas garantías entre las que se destaca principalmente la predeterminación normativa de las infracciones y las correspondientes sanciones. En ese sentido, actualmente se reconoce la aplicación de ciertos principios del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador cuando esta última ejerce su potestad sancionadora. Decimos “ciertos principios” porque la doctrina y la jurisprudencia han constatado que en ciertas oportunidades se encuentran en la imposibilidad de hacer un traslado en bloque de las garantías que limitan el *ius puniendi*, y han aludido a la cautela con la que conviene operar cuando se trata de trasladar garantías extraídas del orden penal al administrativo sancionador. Esta operación no puede hacerse de forma automática, sino con matices, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza<sup>142</sup>.

De esta manera, un régimen disciplinario que se ajuste a la legalidad o juridicidad debe primordialmente adecuarse a los requisitos de reserva de ley y al de taxatividad que forman parte del principio de legalidad. El primero de los requisitos aludidos se refiere específicamente a que toda sanción impuesta por la administración sólo puede tener como única fuente a la ley emanada de los órganos habilitados al efecto y por el procedimiento establecido en la propia Constitución. De acuerdo al Estado Social de Derecho sobre el cual se sustenta la República del Paraguay, la creación y sanción de leyes que otorgan poder sancionador a un órgano del Estado es una facultad que corresponde en forma exclusiva al Poder Legislativo<sup>143</sup>, por lo que en consecuencia, la propia administración queda vedada a emitir cualquier tipo de reglamento o resolución que tipifique por sí misma infracciones y faltas que traigan aparejadas sanciones, debiendo declararse su nulidad si ocurriese hipotéticamente dicha circunstancia por ser inconstitucional. Coincide la CSJP con este criterio al señalar que la calificación de unos hechos o de una conducta como “infracción” no es una facultad discrecional de la administración, sino propiamente una actividad jurídica de aplicación de normas establecidas en la ley<sup>144</sup>.

La aplicación del segundo requisito al régimen disciplinario implica que el orden jurídico que regula la función pública debe establecer con precisión dos aspectos importantes, la fijación legal de las infracciones y sanciones administrativas, y el procedimiento a seguir para la investigación de la conducta del funcionario y la eventual imposición de las sanciones previstas en el orden administrativo.

---

el Estado es siempre solvente. Pero adviértase que esta solución, además de extraña, agrava el mal, porque el funcionario nada le importa que el Estado pague sus faltas. Si, por el contrario, se le hace sentir en carne propia las consecuencias de sus extralimitaciones legales, no sólo se satisface un principio de justicia, sino que se contribuye a mejorar la administración pública (BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho público*. Editorial De Palma, Buenos Aires. Año 1962. pág. 309).

<sup>142</sup> En ese sentido, en España se destaca la EBEP que en su art. 94.2 establece que la potestad disciplinaria se ejerce de acuerdo a los principios de: a) legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, b) irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor, c) proporcionalidad aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación, d) culpabilidad y e) presunción de inocencia.

<sup>143</sup> Art. 202.2 de la CNP: “Son deberes y atribuciones del Congreso: dictar los Códigos y demás leyes, modificarlos o derogarlos, interpretando esta constitución”.

<sup>144</sup> AyS N° 241 de fecha 26 de abril de 2004 emanada de la Sala Constitucional de la CSJP.

La predeterminación legal de las infracciones y sanciones en la ley administrativa es una garantía de seguridad jurídica exigida al legislador que posibilita al funcionario el conocimiento anticipado de las conductas que son consideradas prohibidas o incompatibles con el ejercicio de sus funciones y las eventuales consecuencias a las que se enfrenta en caso de incumplir sus deberes funcionales<sup>145</sup>. Si se interpreta a contrario sensu el art. 20 de la CNP<sup>146</sup> podemos inferir que las sanciones a ser aplicables por la administración nunca podrán contener penas privativas de libertad, en razón a que estas constituyen consecuencias jurídicas que sólo corresponden al ámbito penal<sup>147</sup>. Además, resulta ilógico que el objeto de las sanciones administrativas pretenda la readaptación del funcionario que ha incumplido sus deberes, siendo más bien su fin la prevención de conductas ilegales que pudieran acaecer dentro del ámbito interno de la función pública. Por otra parte, la aplicación del principio de legalidad conlleva a su vez la predeterminación en la ley del procedimiento sumarial administrativo que se instaura para investigar y verificar la comisión de las supuestas conductas ilegales del funcionario, lo cual constituye un derecho fundamental procesal previsto en art.17.3 de la CNP, que garantiza a todo ciudadano que es sujeto de un proceso que pudiera derivar en pena o sanción, a que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso.

### 5.1. Faltas y sanciones administrativas previstas en la LFPP.

Las faltas administrativas son hechos o conductas de los funcionarios públicos que son considerados y tipificados como incumplimiento de sus deberes funcionales, que afectan el decoro y la dignidad del rol que ostentan. La realización de estos hechos o conductas, definidas en las leyes de función pública, hacen incurrir a los funcionarios en responsabilidades de carácter administrativo. El Estado paraguayo en estricto cumplimiento de los principios de reserva y legalidad, ha introducido el régimen disciplinario de los funcionarios públicos dentro de la LFPP en el Capítulo X (arts. 64 al 72). Los arts. 64 y 65 de esta ley establecen el objeto del régimen administrativo sancionador de la función pública al mencionar que todo funcionario incurre en responsabilidad administrativa cuando incumple sus deberes y obligaciones, o cuando infringe las prohibiciones establecidas en la ley administrativa o en otras análogas. Estos incumplimientos normativos traen como consecuencia la aplicación de las sanciones disciplinarias previstas en la misma ley que serán determinadas de acuerdo a la gravedad de la falta cometida y a las circunstancias atenuantes y agravantes que rodean al hecho<sup>148</sup>.

<sup>145</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. op. cit. pág. 35 “Las normas sancionadoras ofrecen una peculiaridad muy curiosa: lo ideal es que no se apliquen nunca porque no sea necesario. Pues bien, para no infringir una norma hay que empezar por conocerla; y para que sea conocida hay que divulgarla suficientemente, puesto que de ordinario no basta el requisito formal de su publicación en un boletín oficial que el ciudadano no lee. O sea, que si lo que el Estado quiere es sancionar, claro es que con la publicación de la norma ya está legitimado; pero si lo que quiere es no sancionar sino inducir a los ciudadanos a que no infrinjan, haciendo con ello innecesaria la sanción, entonces la divulgación resulta imprescindible en una buena política represiva”.

<sup>146</sup> “Las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad”.

<sup>147</sup> La CNP hace referencia en este precepto a los principios de prevención general y especial como fundamento de la imposición de la sanción a un individuo que fuera condenado por un proceso penal, no siendo aplicables estos principios al Derecho administrativo sancionador regido principalmente por sanciones de otra naturaleza (pecuniarias, pérdida de derechos y destitución, etc.).

<sup>148</sup> Aquí puede notarse que la LFPP ha introducido como una de las bases del régimen disciplinario al principio de proporcionalidad originario del Derecho Penal. Este principio regula la reacción a ser tomada por la administración, la cual debe ser racional y acorde a las dos circunstancias que menciona el Art. 65, que son la gravedad de la falta cometida y las circunstancias que rodean al hecho. Conviene decir que la gravedad de la falta se refiere al juicio de reprochabilidad que el juez instructor debe realizar al analizar un supuesto hecho ilícito como presupuesto para establecer la gravedad de la sanción a ser impuesta, juicio que gira en torno a la mayor o menor capacidad que posee el sujeto infractor de conocer y comprender la ilicitud del hecho cometido. En este sentido, la jerarquía del cargo público es una circunstancia que influye en gran medida el juicio sobre la gravedad de la sanción, puesto que cuando más alto es el cargo público, mayor es el grado de responsabilidad que posee el funcionario.

En cuanto al contenido sustancial de la infracción cometida por el funcionario, el régimen legal en estudio distingue dos categorías, las faltas leves y las faltas graves, que provocan la aplicación de distintas clases de sanciones por la función pública de acuerdo a su potestad disciplinaria. De acuerdo a CASTILLO BLANCO, las sanciones disciplinarias pueden considerarse como las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico a fin de reprimir las infracciones cometidas por un funcionario público en su condición de tal y prevenir futuras actuaciones ilícitas<sup>149</sup>. Las faltas leves están previstas en el art.66 de la LFPP y abarcan las conductas de asistencia tardía o irregular al trabajo, negligencia en el desempeño de sus funciones, falta de respeto a los superiores, a los compañeros de trabajo o al público, y ausencia injustificada. Estas conductas tienen por consecuencia la aplicación de las sanciones previstas en el art.67 del mismo cuerpo legal, que son: a) amonestación verbal, b) apercibimiento por escrito, y c) multa equivalente al importe de uno a cinco días de salario. En cambio, las faltas graves se encuentran previstas en el art.68 y comprenden un conjunto variado de conductas entre las cuales existen muchas vinculadas expresamente con actos de corrupción:

- Incumplimiento de una orden del superior jerárquico, cuando ella se ajuste a sus obligaciones: Esta falta se materializa cuando el funcionario recibe una orden emanada de un superior jerárquico, encuadrándose la misma dentro de las facultades funcionales del receptor de la orden, y éste (funcionario) omite el cumplimiento de dicha orden.

- Incumplimiento de las obligaciones o trasgresión de las prohibiciones establecidas en la presente ley: Se refiere a los casos en los cuales el funcionario incumple las obligaciones y prohibiciones inherentes a su cargo dispuestas en los arts. 57 y 60 de la LFPP.

- Violación del secreto profesional, sobre hechos o actos vinculados a su función que revistan el carácter reservado en virtud de la ley, el reglamento o por su naturaleza: Los elementos que definen a este tipo de ilícito administrativo son los siguientes: 1) la divulgación de información que conoce el funcionario en razón a su cargo, y 2) la existencia de una normativa que clasifique que dicha información no pueda ser divulgada.

- Recibir gratificaciones, dádivas o ventajas de cualquier índole por razón a su cargo: Este ilícito se comete cuando el funcionario recibe e incorpora a su patrimonio cualquier tipo de beneficio indebido que no provenga de su remuneración legal. Este beneficio puede consistir en dinero, beneficios materiales o servicios que recibe a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto propio de su cargo, o de uno ya realizado.

- Malversación, distracción, retención o desvío de bienes públicos y la comisión de los hechos punibles tipificados en el código penal contra el Estado y contra las funciones del Estado: La malversación de fondos públicos es la mala utilización de los recursos financieros consistentes en la aplicación de los mismos a rubros no autorizados en la ley, con lo cual el administrador sustituye con su voluntad a la de la ley. La distracción implica la conducta de utilizar fondos públicos para fines ajenos a las funciones propias de la administración pública, sea para beneficio personal del funcionario o de terceras personas. La retención de los fondos implica que el funcionario no deposita o no utiliza el dinero público dentro del plazo establecido en la ley, con lo cual deja de cumplir con sus obligaciones legales de custodia y aplicación oportuna del dinero. El desvío de fondos públicos es el cambio de la finalidad o destino de los recursos que comprenden una mala inversión. Por último, la LFPP considera una falta grave toda conducta que se subsuma en cualquiera de los hechos punibles contra el Estado y el ejercicio de las funciones públicas tipificadas en el código penal y en las leyes penales especiales.

- El incumplimiento de las obligaciones de atender los servicios esenciales por quienes hayan sido designados para el efecto, conforme a los artículos 130 y 131 de esta ley: Es la no atención

<sup>149</sup> CASTILLO BLANCO, Federico. *Función pública y poder disciplinario del Estado*. op. cit. pág. 293.

del servicio público esencial durante el desarrollo de la huelga por parte del funcionario designado para el efecto.

- Nombrar o contratar funcionarios en trasgresión a los dispuesto en esta ley y sus reglamentos: Este ilícito administrativo tiende a preservar los principios de igualdad e idoneidad en el acceso a la función pública describiendo como conducta prohibida la designación o contratación irregular de los funcionarios.

- Los demás casos no previstos en esta ley, pero contempladas en el código del trabajo y las demás leyes como causas justificadas de terminación del contrato por voluntad unilateral del empleador: Se refiere a las causales de despido justificado previstas en el artículo 79 del código del trabajo de la republica del Paraguay.

Las sanciones disciplinarias a ser aplicadas a este tipo de faltas están dispuestas en el art.69 de la LFPP, y son: a) la suspensión del derecho a promoción por el periodo de un año, b) la suspensión en el cargo sin goce de sueldo de hasta treinta días, y c) la destitución o despido, con inhabilitación para ocupar cargos públicos por un periodo de dos a cinco años. La última parte del citado artículo establece que las faltas graves establecidas en los incisos h), i), j) y k) del artículo 68, se sancionarán con la destitución. Todas estas sanciones requieren la comprobación fehaciente de los elementos objetivos y subjetivos de los supuestos previstos en la ley en el marco de un sumario administrativo instruido que respete la presunción de inocencia y las demás garantías constitucionales y procesales que corresponde a toda persona sujeta a proceso<sup>150</sup>.

## 5.2. El sumario administrativo.

De conformidad al régimen disciplinario previsto en la LFPP, los funcionarios que cometan faltas administrativas en el ejercicio de sus funciones son pasibles de ser sancionados con medidas disciplinarias que van desde castigos leves como el simple apercibimiento, hasta castigos considerados graves que pueden conllevar la destitución de su cargo. Estas sanciones son administrativas y no de carácter judicial, pues son aplicadas por un órgano administrativo y no por órganos del Poder Judicial en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales<sup>151</sup>. No obstante, el ejercicio de la potestad disciplinaria debe estar sometido a principios y procedimientos de observancia ineludible a fin de que las autoridades administrativas no puedan imponer sanciones a su libre voluntad, quedando así obligadas a cumplir el procedimiento previsto en la ley para el sumario administrativo. En efecto, el procedimiento sumarial se configura como una autentica garantía de los derechos del presunto responsable de la infracción cuya observancia es condicio sine qua non para la correcta actuación de la potestad disciplinaria, una de las más contundentes de la función pública<sup>152</sup>.

<sup>150</sup> ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Editorial Thomson-Civitas. Pamplona. Año 2007. pág. 348 “La presunción de inocencia tiene dos significados esenciales en los procedimientos administrativos sancionadores. De un lado, constituye una regla de juicio, es decir, referida al juicio de hecho de la resolución sancionadora, con incidencia sobre la prueba. De otro, entraña una regla de tratamiento, esto es, en relación al trato que debe darse al imputado durante la tramitación del expediente. Como regla probatoria, la presunción de inocencia comporta múltiples exigencias. Si se reducen a su esencia lo que prohíbe es la sanción sin pruebas. Como regla de tratamiento, obliga a considerar al imputado inocente y a tratarlo como tal durante el procedimiento, dentro y fuera de éste, lo que conlleva que no pueda castigársele antes de que se pruebe su culpabilidad y que deban reducirse al mínimo las medidas que restrinjan sus derechos hasta ese momento”.

<sup>151</sup> *Manual del procedimiento sumarial administrativo*. INECIP. Paraguay. Año 2006.

<sup>152</sup> *Manual sobre responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de las administraciones publicas*. Ministerio de Justicia. Gobierno de España. Editorial Thomson- Reuters. Pamplona. Año 2010. pág. 251.



Puede conceptualizarse al sumario administrativo como el procedimiento que tiene por objeto la determinación de las responsabilidades de un funcionario público como consecuencia de la comisión de hechos tipificados como faltas administrativas en el ejercicio de sus funciones públicas. Esta definición concuerda con lo dispuesto en el art.73 de la LFPP que expresa que el procedimiento sumarial administrativo es llevado a cabo para la investigación de un hecho tipificado como “falta grave” descrito en el art.68 del mismo cuerpo legal. En el Paraguay, las normas jurídicas que regulan los sumarios administrativos se encuentran previstas en la CNP (art.17 “De los derechos Procesales”), en la LFPP y en el Decreto reglamentario del Poder Ejecutivo N° 17.781/02<sup>153</sup>, rigiendo además en carácter supletorio las reglas de los juicios de menor cuantía del código procesal civil.

### 5.3. El procedimiento del sumario.

El sumario administrativo es instruido ante la supuesta existencia de una irregularidad administrativa grave que puede detectarse a través de diversos medios: a) denuncias presentadas por la ciudadanía directamente ante las entidades públicas o por medio de buzones de quejas o sugerencias, correos electrónicos u otros medios, b) denuncias publicadas o difundidas por los medios de prensa, c) por actuaciones ordenadas por los directores, jefes o autoridades, d) por auditorias realizadas por la CGR, e) por las auditorias internas de la institución, y f) por denuncias presentadas por otros funcionarios o autoridades. El conocimiento de una irregularidad funcional exige a los jefes, directores y autoridades, actuar dentro de la debida diligencia y adoptar las medidas que sean pertinentes y necesarias en el marco de sus atribuciones. Este modo de actuación surge de la obligación que tiene toda autoridad de supervisar y controlar al personal bajo su dependencia, así como de cuidar adecuadamente los recursos públicos que se encuentran bajo su responsabilidad. Por otra parte, no toda irregularidad administrativa es susceptible de originar la inmediata instrucción del sumario. El sumario sólo es obligatorio cuando se individualizan a los supuestos sujetos responsables y suficientes elementos de prueba que demuestren la comisión de una falta administrativa grave que amerite la imposición de una sanción disciplinaria. En caso contrario, cabrían otras alternativas tales como la realización de auditorias especiales u otras actuaciones administrativas para profundizar la investigación y contar con mayores elementos de juicio.

Una vez hecha la denuncia es necesario determinar la procedencia del sumario administrativo, por lo que se debe formular un dictamen jurídico. En el proceso de elaboración del dictamen, el asesor jurídico de la dependencia estatal examina el expediente y puede requerir la realización de actuaciones preliminares para fundamentar adecuadamente su opinión jurídica. En este estudio preliminar el asesor jurídico tiene la responsabilidad de: 1) identificar a los posibles responsables, 2) realizar una adecuada descripción de los hechos, 3) individualizar la falta cometida, 4) preparar los fundamentos de la imputación, 5) reunir los elementos probatorios. Es posible que los expedientes remitidos al asesor jurídico no reúnan detalladamente todos los elementos arriba mencionados, pero dichas omisiones no deben considerarse motivos o pretextos para desechar “in limine” una investigación. En efecto, un escrito sin identificación del denunciante puede contener una descripción detallada de los hechos y datos que hagan presumir la verosimilitud de la existencia de una irregularidad. Así, ante la falta de elementos para proceder a la instrucción del sumario, lo que corresponde es la realización de actuaciones o investigaciones preliminares a través de las cuales el asesor jurídico puede recabar los datos que permitan reunir los elementos de juicio a fin de justificar la posterior instrucción de un sumario administrativo.

Posteriormente, el director y/o asesor jurídico debe emitir un dictamen fundado en el que explique las conclusiones de su investigación preliminar. Según los casos, pueden darse las

<sup>153</sup> Que reglamenta el Capítulo XI del sumario administrativo de la Ley N° 1626/2000 de la función pública.

siguientes alternativas: a) que existan indicios de la comisión de faltas graves, pero que no constituyen hechos punibles de acción penal pública, b) existan indicios de la comisión de faltas graves que constituyen a la vez hechos punibles de acción penal pública, y c) que no existan elementos de juicio suficientes que ameriten el inicio del sumario administrativo.

a) Faltas que no constituyen hechos punibles de acción penal pública.

Presentado el dictamen por el asesor jurídico del órgano administrativo recomendando la instrucción del sumario, los antecedentes son remitidos a la máxima autoridad de la institución pública para que considere la apertura del sumario administrativo si así corresponde en derecho<sup>154</sup>. Si se dispone el sumario administrativo, el titular de la entidad pública debe solicitar a la secretaria del ministerio de la función pública la designación de un juez instructor, acompañando copia de la resolución por la cual se dispone la instrucción del sumario con el escrito de acusación, los antecedentes del expediente y demás pruebas documentales.

En todo lo referente al trámite sumarial, la autoridad administrativa de la institución como parte actora y al funcionario afectado como demandado, ajustaran sus actuaciones a lo que disponga el juez instructor”. Acto seguido, la secretaría del ministerio de la función pública por sorteo, procede a la designación de un juez instructor de un registro de abogados del sector público que corresponda a la localización geográfica de la entidad pública en la que presta funciones el funcionario sumariado a fin de evitar gastos innecesarios al Estado, no pudiendo el designado estar en relación de dependencia con la máxima autoridad que dispuso la instrucción del sumario. El juez instructor designado tiene la obligación de correr traslado al funcionario la resolución del sumario, sus antecedentes y todos los documentos del expediente para que lo conteste dentro del ejercicio de su derecho de defensa. El art.9 del Decreto N° 17.781/02 establece las reglas de procedimiento que el juez instructor debe seguir al instruir el sumario administrativo<sup>155</sup>.

El sumario administrativo concluye con la resolución definitiva del juez instructor<sup>156</sup> que deberá contener el pronunciamiento sobre la comprobación de los hechos investigados y sobre la culpabilidad o inocencia del funcionario. Si sobresee al funcionario sumariado, debe dejar expresa constancia de que el sumario no afecta su honorabilidad. Si declara la responsabilidad

<sup>154</sup> Art. 2° del Decreto N° 17.781/02: “Recibida la denuncia en la Asesoría Jurídica de la institución, la misma se someterá a consideración de la máxima autoridad del organismo o entidad, la que por resolución dispondrá la instrucción del Sumario Administrativo si así corresponde”.

<sup>155</sup>1) Recibido el expediente, el juez sumariante dictará una providencia teniendo por iniciado el sumario administrativo ordenado, corriendo traslado al sumariado para que lo conteste dentro del plazo de seis días hábiles.

2) Vencido el plazo para contestar el traslado, sin que el demandado lo hubiere hecho, previo informe del actuario, el juez, de oficio, dictará una providencia dando por decaído el derecho que ha dejado de usar el sumariado, y habiendo hechos que probar recibirá la causa a prueba por todo el término de ley, ordenando el diligenciamiento de las pruebas ofrecidas.

3) Contestado el traslado, y si la cuestión fuere declarada de puro derecho, el juez instructor dictará resolución en el plazo de diez días.

4) Si hubiere hechos controvertidos, el juez dispondrá la apertura de la causa a prueba y la producción de las pruebas ofrecidas y admitidas, dentro del plazo de veinte días de recibida la causa a prueba. Para el efecto, el juez ordenará las citaciones y diligencias que fueren pertinentes.

5) Los testigos no podrán exceder de tres personas por cada parte.

6) Sin perjuicio de la facultad de las partes de ofrecer las pruebas que guardaran relación con su derecho, el juez sumariante puede, aun sin requerimiento de parte, ordenar todas aquellas diligencias tendientes a llegar a la verdad real de los hechos investigados.

7) Previo informe del actuario, cerrado el periodo probatorio, a petición de parte o de oficio, el demandado podrá presentar su alegato en el plazo de tres días hábiles.

8) Acto seguido, el juez sumariante, previo informe del actuario, llamará autos para resolver debiendo dictar resolución definitiva en el plazo de quince días.

<sup>156</sup> Art. 76 de la LFPP: “El sumario concluirá con la resolución definitiva dentro de los sesenta días hábiles de su inicio”. En igual sentido dispone el art. 12 del Decreto N° 17.781/02.

del funcionario sumariado debe indicar las faltas en las que ha incurrido, recomendando la sanción que corresponda. La decisión definitiva sobre la sanción aplicable compete a la máxima autoridad de la entidad pública en la que presta servicios el funcionario sumariado, quien deberá aplicar la sanción correspondiente sobre la base de las actuaciones realizadas en el sumario (principio de congruencia) y respetando los principios de legalidad y de proporcionalidad<sup>157</sup>.

b) Faltas que constituyen hechos punibles de acción penal pública.

Si de los elementos de convicción que ameritan la instrucción de un sumario administrativo se descubre indicios de la comisión de una falta grave que pueda constituir a la vez algún hecho punible de acción penal pública, el asesor jurídico de la entidad pública debe efectuar un dictamen que contenga la identificación del supuesto autor y la dependencia en donde presta servicios, la descripción exacta de los hechos y la indicación de la falta grave, la individualización del hecho punible que se le atribuye al supuesto autor, la fundamentación de la imputación con la expresión de los elementos de convicción que la motiva y todas las circunstancias que puedan conducir a la comprobación de la falta administrativa, remitiendo posteriormente los antecedentes a la máxima autoridad a fin de preparar la correspondiente denuncia penal que será presentada ante el ministerio público, de conformidad con lo dispuesto en el art.286.1 del CprocPPyo<sup>158</sup>.

Una vez recibido el expediente con la resolución de instrucción del sumario, el juez instructor debe limitarse a verificar la verosimilitud de la acusación y si comprueba la existencia de indicios acerca de la comisión de un hecho punible debe suspender el sumario administrativo comunicando este hecho a la máxima autoridad administrativa a fin de que suspenda en sus funciones al sumariado con goce de sueldo hasta tanto se dicte auto de prisión preventiva o equivalente. El sumario administrativo estará supeditado al proceso judicial, prolongándose la suspensión en el cargo hasta que se dicte la sentencia judicial. Si la sentencia judicial absolviese al encausado, el mismo deberá ser repuesto en el cargo. Pero, si la sentencia lo condenase, se procederá a su inmediata destitución<sup>159</sup>.

## **6. OTROS ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS QUE COADYUVAN AL DESCUBRIMIENTO Y PERSECUCIÓN DE INCREMENTOS PATRIMONIALES INJUSTIFICADOS.**

Un cuerpo normativo que si bien no fue creado directamente para combatir la corrupción, pero que actualmente tiene efectos preventivos positivos en este ámbito, y en especial, en el descubrimiento y disuasión de los incrementos patrimoniales injustificados en la función pública, es la Ley N° 1015/97 “Que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes”<sup>160</sup>. Esta ley, a parte de normas penales, contempla disposiciones de índole administrativa tendientes a prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y otros sectores de la actividad económica para la realización de actos destinados a la legitimación de dinero u otros bienes que directa o indirectamente provengan de actividades delictivas. El ámbito de aplicación del conjunto de obligaciones administrativas se aplican a toda operación que supere diez mil dólares americanos (10.000 \$) o su equivalente en otras

<sup>157</sup> Art. 10 del Decreto N° 17.781/02: “La resolución que recayese en el sumario administrativo será fundada y se pronunciara sobre la comprobación de los hechos investigados, la culpabilidad o inocencia del encausado y, en su caso, la sanción correspondiente, quedando la aplicación de la pena a cargo de la máxima autoridad del organismo o entidad respectivo, quien la implementará en el plazo de cinco días. La sanción de destitución o despido deberá ser aplicada por la autoridad que designó al funcionario afectado”.

<sup>158</sup> Art. 286 del CprocPPyo: “Tendrán la obligación de denunciar los hechos punibles de acción pública: 1) los funcionarios y empleados públicos que conozcan el hecho en ejercicio de sus funciones”.

<sup>159</sup> Arts. 42 y 79 de la LFPP.

<sup>160</sup> Disponible en: [www.senado.gov.py/leyes/index.php?pagina=leyes&id=4257](http://www.senado.gov.py/leyes/index.php?pagina=leyes&id=4257).

monedas, salvo las excepciones contempladas en la ley, y aquellas operaciones menores al monto señalado, de las que se pudiese inferir que fueron fraccionadas en varias con el fin de eludir las obligaciones de identificación, registro y reporte<sup>161</sup>.

Este cuerpo normativo establece como sujetos obligados a las entidades del sistema bancario, específicamente, bancos, financieras, casas de cambio, compañías de seguro, sociedades y agencias de valores, sociedades de inversión, sociedades de mandato, administradoras de fondos mutuos de inversión y de jubilación, inmobiliarias y cooperativas de crédito y consumo, entre otras. Estas entidades tienen el deber de registrar e identificar por medios fehacientes la identidad de sus clientes, habituales o no, en el momento de entablar relaciones de negocios y las operaciones económicas que éstos realizan en el sistema financiero<sup>162</sup>. Pero, en base a la ley, la obligación principal de los sujetos obligados es comunicar a la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes (Seprelab), organismo de control creado al efecto, cualquier hecho u operación considerada sospechosa que realicen sus clientes tales como: 1) que fuesen complejas, insólitas, importantes o que no respondan a los patrones de transacciones habituales, 2) aunque no sean importantes, se registren periódicamente y sin fundamento económico o legal razonable, 3) que por su naturaleza o volumen no correspondan a las operaciones activas o pasivas de los clientes según su actividad o antecedente operativo, y 4) las que sin causa que lo justifique sean abonadas mediante ingresos en efectivo, por un número elevado de personas<sup>163</sup>.

Como puede deducirse, las tareas de control a las que están obligadas las entidades previstas en la ley sobre operaciones financieras constituyen un importante mecanismo preventivo contra los incrementos patrimoniales injustificados cuando los clientes fuesen funcionarios públicos. De acuerdo a la ley, las entidades financieras tienen la obligación de registrar y verificar constantemente el número de operaciones y el nivel económico de los movimientos bancarios de sus clientes, por lo que resultaría sospechoso que la cuenta corriente de un funcionario en la que mensualmente el Estado deposita sus remuneraciones legales y que mantiene un número de transacciones acorde con esos recursos, reciba cuantiosas transferencias de dinero fuera de sus operaciones habituales o, reciba un sinnúmero de transferencias periódicas individualmente sin importancia, pero que atendidas globalmente en cuanto a su valor no tengan sustento con su capacidad económica. Por otro lado, puede ocurrir que un funcionario tenga declaradas empresas privadas a su nombre cuyas cuentas bancarias reciban transferencias económicas que no se ajustan a las normales operaciones activas o pasivas registradas y acreditadas por las entidades financieras. Además, y en relación directa al enriquecimiento ilícito, se consideran operaciones sospechosas cuando un funcionario, en base a su capacidad económica registrada y constatada por las entidades bancarias, realice personalmente o a través de terceras personas, ingresos en efectivo a su cuenta sin que pueda justificar esas operaciones por medios razonables lícitos.

Toda información o denuncia remitida por las entidades bancarias debe ser analizada por la autoridad de aplicación (Seprelab) para determinar la verosimilitud de las operaciones sospechosas, y en caso de encontrar indicios suficientes de la comisión de un hecho punible, remita los antecedentes al ministerio público a fin de que inicie la investigación judicial y ejerza la acción penal pública con relación a esos hechos si corresponde, de conformidad a lo dispuesto en el art.286.1 del CprocPPyo.

---

<sup>161</sup> Art.12 de la Ley N° 1015/97.

<sup>162</sup> Arts.14 y 17 de la Ley N° 1015/97.

<sup>163</sup> Art.19 de la Ley N° 1015/97.

## **7. VALORACIÓN DEL SISTEMA ADMINISTRATIVO PARAGUAYO COMO MECANISMO PREVENTIVO CONTRA LOS HECHOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA Y LOS INCREMENTOS PATRIMONIALES INJUSTIFICADOS DE LOS FUNCIONARIOS. ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS.**

En los previos apartados hemos visto los distintos organismos y mecanismos jurídico-administrativos previstos en el derecho positivo paraguayo para contrarrestar los incrementos patrimoniales injustificados de los miembros de la función pública, por lo que corresponde señalar seguidamente sus aspectos positivos y negativos a fin de constatar su grado de efectividad preventiva.

Entre los aspectos positivos se destaca la consideración constitucional de dotar a la función pública de una ley que regule el sistema funcional del sector público y establezca el ámbito de responsabilidad de los funcionarios en la gestión pública (arts. 101 y 106 de la CNP). El Estado paraguayo ha sancionado la LFPP (Ley N° 1626/00) que vino a regular la situación jurídica de los funcionarios y empleados del sector público, la cual ha sido estructurada e inspirada en base a los principios democráticos de legalidad, responsabilidad, transparencia y efectividad de la gestión pública. Esta ley no se ha apartado de la costumbre de introducir en su cuerpo un conjunto de deberes, obligaciones y prohibiciones que rigen la actividad de los funcionarios como patrones de calidad y comportamiento ético.

A través de este conjunto normativo el legislador transmite cuales son los comportamientos que se reputan indeseables a los intereses de la función pública, pero también cumple dos tareas fundamentales: en primer lugar, se erige en la primera barrera de contención contra los actos de corrupción ya que funciona como un marco rector que persigue la correcta actuación de los funcionarios, delimitando el ámbito de lo legalmente permitido en el ejercicio de sus funciones, y en segundo lugar, sirve para promover el constante mejoramiento del desempeño y calidad de los servicios públicos que ofrece la función pública subjetiva a los ciudadanos que son sus directos destinatarios. Para el caso de su transgresión, estas normas van acompañadas de un sistema de sanciones que son aplicadas al funcionario de acuerdo a la gravedad y a las circunstancias particulares de la infracción administrativa.

Siguiendo la misma línea asumida por otros Estados, el Constituyente paraguayo ha decidido otorgar relevancia constitucional a la obligatoriedad de prestar declaración jurada de bienes y rentas como un deber funcional dirigido a todos los servidores públicos, inclusive a los de elección popular (art.104 de la CNP). Esta obligación funcional no sólo es una expectativa institucional y social a ser cumplida por los funcionarios, sino que también es una medida preventiva sumamente importante para desalentar los excesivos incrementos patrimoniales injustificados de los miembros de la función pública, puesto que requiere el control y registro del contenido del patrimonio de los funcionarios de acuerdo al principio de transparencia que rige en toda función pública. Paradójicamente el legislador ha dispuesto en el art. 2 de la LFPP que los funcionarios altamente jerarquizados y de confianza sean excluidos de la aplicación del régimen estatuario, que por lógica deducción dejaría inaplicable la obligación de prestar declaración jurada de bienes y rentas con respecto a estos funcionarios. Sin embargo, por más que la LFPP permita tal exclusión, los funcionarios públicos no pueden dejar de prestar su declaración jurada de bienes y rentas porque esta obligación se encuentra incluida en una norma constitucional de jerarquía superior dentro del ordenamiento jurídico<sup>164</sup> que reconoce a la misma

---

<sup>164</sup> La CNP establece el orden jerárquico del ordenamiento jurídico en el art. 137 que expresa: “La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”.

como parte esencial del status jurídico de todo funcionario, por lo que no puede ser limitada o suprimida por ninguna norma de rango inferior.

También consideramos acertado que la Constitución no haya permitido que el patrimonio de los funcionarios públicos sea fiscalizado por procedimientos de auditoría interna ordenadas por las propias instituciones públicas en las que prestan servicios los funcionarios obligados. Con ello se evita cualquier tipo de injerencia de estas instituciones que pueda desviar el deber de objetividad que debe regir en las actividades de control patrimonial en la función pública. Esta función ha sido delegada a la CGR, órgano público con autonomía funcional y administrativa independiente de cualquier poder e institución del Estado, que según la Constitución y el marco legal que reglamenta su estructura orgánica, tiene la facultad de recibir, controlar y fiscalizar el estado patrimonial de todos los funcionarios públicos a través del procedimiento de la declaración jurada de bienes y rentas.

En la actualidad, la declaración jurada de bienes y rentas es uno de los más importantes mecanismos preventivos que posee la legislación paraguaya contra los actos de corrupción. Mediante los datos que el funcionario consigna en dicho documento público sobre su realidad patrimonial, se pueden descubrir indicios acerca de la comisión de hechos punibles contra el ejercicio de las funciones públicas, y en forma especial, sobre el delito de enriquecimiento ilícito<sup>165</sup>. La exteriorización de estos indicios no podría conocerse sin el dictamen del examen de correspondencia practicado a las declaraciones juradas presentadas por el funcionario durante el ejercicio de la función pública cuyo diseño, procedimiento y registro corresponde exclusivamente a la CGR. En relación a ello, se resalta positivamente la decisión de la CGR de proveer a los exámenes de correspondencia de un procedimiento que introduce técnicas de auditoría que permiten analizar exhaustivamente las variaciones del patrimonio de los funcionarios a través de diligencias con las cuales se puede corroborar el origen real y legal de cada bien mueble e inmueble, movimiento bancario y obligación o deuda asentada en la declaración jurada. De esta manera, el resultado del examen de correspondencia es una de las principales pruebas indiciarias que permite sustentar al ministerio público una imputación sobre la comisión de un delito de enriquecimiento ilícito, de ahí su importancia como instrumento para descubrir hechos de corrupción pública.

A pesar de los aspectos positivos que hemos señalado acerca del sistema preventivo administrativo paraguayo, el índice de corrupción en la función pública no ha disminuido, sino todo lo contrario, ya que actualmente el Paraguay continúa siendo uno de los países con más tasa de corrupción pública de toda Latinoamérica. Una de las causantes de esta situación constituye las múltiples deficiencias que presenta el sistema preventivo administrativo paraguayo, en especial, el régimen jurídico de la función pública.

La principal y mayor falencia de la LFPP es su aplicación desigual y parcial a las distintas categorías de funcionarios públicos, ocasionada principalmente por la disposición contenida en el art. 2 del citado cuerpo legal que excluye de sus normas a todos los funcionarios de confianza y los que ejercen un cargo público altamente jerarquizado. Esto demuestra que el legislador paraguayo ha incurrido en una grave contradicción entre las finalidades que persigue la ley de la función pública y el ámbito de aplicación que ha dado a sus normas, puesto que la función preventiva y pedagógica de este cuerpo normativo nunca podrá ser completamente

---

<sup>165</sup>Menciona GONZÁLEZ CIFUENTES que la información que las declaraciones juradas transmiten no está sólo en los datos que en ellas se plasman, sino en aquellos que maliciosamente los agentes omiten o falsean. Transmite información útil el servidor público que declara como es debido, como aquel que no lo hace o que lo hace falseando u omitiendo deliberadamente, claro está, siempre que esto sea descubierto por la autoridad de control. Estos hechos pueden tomarse como indicios que justifican prima facie la sospecha de un enriquecimiento ilícito derivado de un acto de corrupción (GONZÁLEZ CIFUENTES, Carolina. *Patrimonio de los gobernantes y protección de la intimidad*. op. cit. pág. 118).

efectiva si sólo llega a motivar a una parte de los funcionarios, dejando de lado a aquellos que más responsabilidades tienen en el manejo de los asuntos públicos, y por ende, los más susceptibles de ser tentados a desviarse de sus expectativas legales por causa de la corrupción.

Por otra parte, la LFPP es incapaz de cumplir su finalidad de evitar las desviaciones funcionales de los miembros de la función pública, por el hecho de que si los funcionarios excluidos en el art. 2 no se encuentran compelidos a obedecer los deberes, obligaciones y prohibiciones previstos en ella, tienen menores riesgos al cometer actos de corrupción en el ejercicio de sus cargos, porque saben que si son descubiertos no serían enjuiciados administrativamente ni destituidos de sus cargos ya que al estar excluidos del ámbito de aplicación de la ley, los procedimientos de control interno y disciplinarios de la función pública no podrían aplicárseles. Incluso, la exclusión de estos funcionarios del régimen estatuario hace que psicológicamente no se sientan influidos por el efecto disuasorio de sus normas y de su sistema preventivo disciplinario, pudiendo llegar al extremo de perder toda identidad normativa con los principios democráticos que fundamentan la actuación de la función pública. Así también, la exclusión a la que estamos haciendo referencia habría exceptuado a los funcionarios superiores de la obligación de prestar declaración jurada de bienes y rentas, lo que hubiera posibilitado la aparición indiscriminada de excesivos incrementos patrimoniales injustificados en estos funcionarios, de no ser por la acertada decisión del constituyente paraguayo de precisar en la Constitución a la obligación de prestar declaración jurada como una prerrogativa impuesta a todos los funcionarios públicos sin distinción alguna.

Toda ley de función pública que promueva estas situaciones de exclusión y desigualdad jurídica no sólo esta destinada a fracasar como instrumento preventivo, si no que motiva el surgimiento de un sentimiento social de desconfianza en las instituciones publicas que no hace más que favorecer el crecimiento de la corrupción. Estos factores negativos deben eliminarse para que se restituya la confianza general, y en buena medida esto sería posible mediante la sanción de leyes de función pública cuyo régimen legal y disciplinario sea aplicable por igual a todos los funcionarios que prestan servicios en un determinado país sin importar su jerarquía, categoría e institución. En consecuencia, si se quiere una función pública fortalecida, que transmita valores éticos y democráticos a sus miembros, y cuyo marco legal funcione como un efectivo instrumento preventivo y desincentivador de conductas corruptas, se sugiere de *lege ferenda* la derogación *in totum* del art. 2 de la LFPP.

Otra situación que ha agravado la ineficacia preventiva de la LFPP constituye las diversas acciones de inconstitucionalidad que han sido presentadas contra este cuerpo normativo por el colectivo de funcionarios de siete (7) entidades públicas, específicamente el Tribunal de Justicia Electoral, la Universidad Nacional de Asunción, el Poder Judicial, la Municipalidad de Asunción, la CGR, el Banco Central y el Ministerio Público, los cuales han obtenido medidas cautelares por parte de la CSJP que suspenden sus efectos para dichos colectivos, incluyendo las disposiciones sobre el régimen disciplinario. De estas acciones de inconstitucionalidad, cuatro (4) han sido resueltas al día de la fecha por la CSJP declarando inaplicable la LFPP a los funcionarios públicos que prestan servicios en la Municipalidad de Asunción, en el Banco Central<sup>166</sup>, en la Universidad de Asunción<sup>167</sup> y en la CGR, mientras que en las restantes siguen vigentes los efectos de las medidas cautelares de inaplicación temporal de la LFPP<sup>168</sup>. Lamentablemente estas decisiones judiciales que avalan que determinadas entidades públicas no

<sup>166</sup> AyS N° 902 de fecha 25 de noviembre de 2011.

<sup>167</sup> AyS N° 1064 de fecha 27 de junio de 2004.

<sup>168</sup> A.I. N° 23 de fecha 2 de febrero de 2001, A.I. N° 1.100/01, A.I. N° 830 de fecha 11 de junio de 2002.

sean regidas por la LFPP, permiten la aparición de más casos de clientelismo, de nepotismo, contratos sin concursos y el aumento de hechos de corrupción dentro de la función pública<sup>169</sup>.

Por otro lado, se ha señalado que la CNP no ha otorgado facultades disciplinarias a la CGR para sancionar a los funcionarios públicos que incumplen con su obligación de prestar declaración jurada de bienes y rentas (tanto si no presentan como cuando consignan constancias falsas e incompletas), por lo que es necesario que ambas cámaras del Congreso nacional paraguayo se expidan sobre el veto total que ha recibido la Ley N° 2453/04 “Que reglamenta el artículo 104 de la Constitución Nacional que establece la obligatoriedad de la presentación de la declaración jurada de bienes y rentas de los funcionarios y empleados públicos”, a fin de estudiar las objeciones que el Poder Ejecutivo ha presentado a la misma, y en todo caso, realizar las debidas modificaciones si estas corresponden a derecho<sup>170</sup>.

La importancia de que esta ley sea promulgada y forme parte del ordenamiento positivo paraguayo radica en las efectivas medidas y sanciones administrativas que contiene, todas ellas destinadas a reforzar el cumplimiento de la obligación de prestar declaración jurada de bienes y rentas. En este sentido, la ley prevé que el funcionario debe presentar constancia de que ha prestado su declaración jurada a la dirección administrativa de la institución en la que presta servicios para percibir la remuneración correspondiente al cargo que desempeña; en caso contrario, su remuneración será retenida y estará incurso en causal de destitución. Así también, toda consignación falsa por un funcionario en su declaración jurada es considerada una falta grave constitutiva de destitución del cargo, y en los casos en que corresponda por la investidura del funcionario infractor, faculta la ley a someterlo a juicio político para apartarlo y destituirlo de su cargo público. Si se consigue la vigencia de esta ley, no cabe duda que a través de ella se hará más efectiva la obligación de prestar declaración jurada de bienes y rentas, y se conseguiría dotar a la misma del verdadero carácter preventivo que la CNP le ha dado como mecanismo tendiente a evitar los excesivos incrementos patrimoniales injustificados de los miembros de la función pública.

También debe objetarse que tanto la CNP como la normativa que regula el procedimiento de las declaraciones juradas, hayan omitido hacer referencia alguna sobre el régimen de divulgación de la información patrimonial, es decir, no dicen nada acerca del carácter público o reservado del registro que contiene las declaraciones juradas. Este silencio sobre el carácter del registro significaría que la publicación de las declaraciones juradas constituye una facultad potestativa que corresponde al propio funcionario<sup>171</sup>. Sin embargo, los encargados de crear y ejecutar las leyes desconocen que la propia CNP en su art. 28 establece

<sup>169</sup> Vid: “*Siete entes públicos sin control*”, Diario Abc-color, Nacionales, 1 de junio de 2012. [www.abc.com.py/nacionales/seis-entes-publicos-contratan-gente-a-su-antojo-408991.html](http://www.abc.com.py/nacionales/seis-entes-publicos-contratan-gente-a-su-antojo-408991.html); “*TSJE debe remitir nómina de altas y bajas de personal a la SFP, a pesar de su acción de inconstitucionalidad contra la Ley 1626/00*”, 01 de junio de 2012. Secretaría de la Función Pública. Presidencia de la República del Paraguay. [www.sfp.gov.py/sfp/?node=page,2999](http://www.sfp.gov.py/sfp/?node=page,2999).

<sup>170</sup> Estas deficiencias han ocasionado que exista un alto grado de abstención por parte de los miembros de la función pública paraguaya con respecto a su obligación de prestar declaración jurada de bienes y rentas. Según datos de la CGR, a mayo de 2013, de los 1.643 funcionarios activos que prestan servicio en el congreso de la nación paraguaya sólo 203 han presentado su declaración jurada, cifra que representa el 12% de todos los funcionarios legislativos. En los municipios, sólo han cumplido con su obligación 3.020 funcionarios de un total de 12.985, representando dicha cifra el 23%. Y en relación a los ministerios del poder ejecutivo, de un total de 151.446 funcionarios sólo han presentado su declaración jurada 40.753, lo que constituye el 27% (Vid: “*Parlamentarios y sus funcionarios son los que menos declaran bienes*”, Diario Ultimahora, Política, miércoles 24 de mayo de 2013. [www.ultimahora.com/parlamentarios-y-sus-funcionarios-son-los-que-menos-declaran-bienes-n622000.html](http://www.ultimahora.com/parlamentarios-y-sus-funcionarios-son-los-que-menos-declaran-bienes-n622000.html)).

<sup>171</sup> Esto resulta explícitamente del art. 5 de la Ley N° 1682/01 Que reglamenta la información de carácter privado: “Los datos de personas físicas o jurídicas individualizadas que revelen, describan o estimen su situación patrimonial, su solvencia económica o el cumplimiento de sus obligaciones comerciales, podrán ser publicados o difundidos solamente: a) cuando esas personas hubiesen otorgado autorización expresa y por escrito para el efecto”.



como derecho fundamental el acceso libre a todo dato e información que obre en cualquier fuente pública<sup>172</sup>, derecho que queda conculcado con respecto a las declaraciones juradas de bienes y rentas de los funcionarios públicos ya que la ciudadanía tiene vedada el conocimiento y control del contenido de tales documentos. En consecuencia, puede afirmarse que ante la falta de publicidad de la información patrimonial de los funcionarios públicos, el régimen jurídico de las declaraciones juradas de bienes y rentas vigente en la legislación paraguaya vulnera, además del art.28 de la CNP, los derechos reconocidos en instrumentos internacionales que en la materia el Paraguay ha ratificado, específicamente los arts. 13.1 de la CADH<sup>173</sup>, 19.2 del PIDCP<sup>174</sup> y 10 inc. a) de la CNUCC<sup>175</sup>.

Según nuestra opinión, la declaración jurada de bienes y rentas es un documento que contiene datos de carácter público sobre la situación y variación patrimonial de los funcionarios públicos durante el ejercicio de sus cargos, y que debe ser puesto a conocimiento de la sociedad sin cuestionamiento alguno. Por ello, si realmente el Paraguay desea alcanzar un Estado transparente debe promover por ley que el documento en el que se asienta el estado patrimonial de los funcionarios sea público y de acceso irrestricto a los ciudadanos, puesto que es un principio derivado de todo Estado de Derecho que los actos de las entidades públicas y el patrimonio de las personas que ejercen funciones en ellas estén bajo la fiscalización de la sociedad<sup>176</sup>. Recientemente, el pleno de la CSJ ha emitido una sentencia<sup>177</sup> sin precedentes en la historia jurídica del Paraguay en la que declara que los sueldos o cualquier otra referencia sobre el patrimonio de los funcionarios públicos no pueden ser considerados “datos sensibles” y sujetos a las restricciones establecidas en las leyes y convenios internacionales en cuanto al derecho fundamental a la información, porque son datos que constan en fuentes públicas de información y sirven sin lugar a dudas para que la ciudadanía pueda estimar, junto a otra información, la situación patrimonial o solvencia económica de los agentes del Estado, y por lo tanto, deben difundirse al público en general. Además, al no haber disposición legal en el ordenamiento jurídico paraguayo que defina lo que es una «fuente pública de información», el alto tribunal en base al art. 3 de la CNP que expresa “*El pueblo ejerce el Poder Público por*

<sup>172</sup> Art. 28 de la CNP: “Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime. Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo”.

<sup>173</sup> Art. 13.1 de la CADH: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

<sup>174</sup> Este precepto tiene el mismo contenido previsto en el art. 13.1 de la CADH.

<sup>175</sup> Art. 10 de la CNUCC: “Información pública. Habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda. Esas medidas podrán incluir, entre otras cosas: a) la instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público”.

<sup>176</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia de fecha 19 de septiembre de 2006 sobre el caso *Claude Reyes vs. Chile* (Fd N° 58) sostiene que la divulgación de la información en poder del Estado debe jugar un rol importante en una sociedad democrática, pues habilita a la sociedad civil para controlar las acciones del gobierno a quien ha confiado la protección de sus intereses, lo cual es necesario para evitar los abusos de los funcionarios gubernamentales, promover la rendición de cuentas y la transparencia dentro del Estado. En ese sentido, resulta claro lo dispuesto en el art. 13 de la CNUCC: “Cada Estado parte adoptará medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, ya para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como la amenaza que esta representa”.

<sup>177</sup> Sentencia N° 1306 de fecha 15 de octubre de 2013, dictada en los autos “Acción de inconstitucionalidad en el juicio: Defensoría del Pueblo c/ Municipalidad de San Lorenzo s/ Amparo. Año 2008-N° 1054”.

*medio del sufragio. El gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control*”, declaró que las fuentes públicas de información son esos tres poderes que ejercen el gobierno del pueblo; o más precisamente, los documentos que están en su poder y las personas que lo ejercen. En consecuencia, como la información sobre los sueldos o cualquier dato patrimonial de los funcionarios del Estado necesariamente deben constar en alguna de sus dependencias, se trata de datos personales patrimoniales que pueden ser publicados o difundidos.

En este contexto, se ha analizado en los apartados 4.1 al 4.9 de este capítulo el régimen y procedimiento existente en varios países sobre las declaraciones juradas, pudiéndose apreciar que el alcance de la publicidad de esta obligación varía en cada uno de ellos. Así, en Argentina, Brasil, Chile, Perú y Francia las declaraciones juradas de bienes y rentas son preservadas y controladas por un órgano cuyo registro es de acceso público a los ciudadanos; en cambio, en Costa Rica y el Salvador la declaración jurada tiene carácter reservado. En España el registro de intereses es público en cuanto a los diputados y senadores a partir del año 2011 y reservado en relación a los altos funcionarios del gobierno, los de la administración general del Estado y los que prestan servicios en las corporaciones locales. Por último, podría decirse que los Estados Unidos de Norteamérica posee un régimen semi público, variando la publicidad de las declaraciones dependiendo del tipo de funcionario declarante, siendo público para los funcionarios de jerarquías superiores y de índole confidencial o reservado para quienes ocupan cargos de jerarquía inferior.

Menciona BERDUGO que una respuesta racional contra la corrupción, pasa hoy en día por actuaciones preventivas de carácter no penal que se centran en la transparencia de todas las actuaciones sencibles a la corrupción como son la financiación de los partidos políticos, las contrataciones públicas, la obligación de los funcionarios de declarar sus actividades externas (a las que sumamos la obligación de declarar sus bienes y rentas), puesto que estas medidas buscan a través de la transparencia sensibilizar a la sociedad civil en su lucha contra la corrupción, lo que constituye en muchos casos la pieza clave para una política criminal eficaz<sup>178</sup>. En ese contexto, creemos que debería impulsarse en todos los países que han ratificado los convenios internacionales sobre corrupción, la instauración de sistemas armónicos de declaración juradas de bienes y rentas que brinden publicidad y faciliten el control ciudadano del estado patrimonial de los funcionarios, a fin de armonizar la normativa existente sobre la materia, disminuir las oportunidades de corrupción y otorgar mayor credibilidad a la ciudadanía sobre la probidad y transparencia de las instituciones públicas. Sólo así la declaración jurada de bienes y rentas podrá materializar los fines que han justificado su creación: a) constituir una efectiva medida para prevenir la corrupción, tal como lo plantea la CICC y la CNUCC, b) promover la transparencia de la función pública, otorgando publicidad a las declaraciones juradas, c) facilitar la investigación de los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas como el enriquecimiento ilícito, pues permite apreciar el desbalance patrimonial injustificado de los funcionarios públicos y previene posibles conflictos de intereses, y d) facilita la vigilancia y control ciudadano de la función pública al permitir el acceso público a las declaraciones<sup>179</sup>.

<sup>178</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal*. op. cit. págs. 189 y 190. En este orden de ideas, CARBAJO CASCÓN señala que es un grave error dejar la solución de los problemas planteados por la corrupción exclusivamente al hierro del Derecho penal, pues a pesar de la alarma social y desconfianza que provocan siempre los actos de corrupción no puede olvidarse el carácter de última ratio de esta disciplina. La represión penal debería venir precedida en lo posible por medidas preventivas de control, tanto en instancias públicas como privadas, en aras de la plena transparencia e información en la actuación de los centros de poder y decisión públicos y privados (CARBAJO CASCÓN, Fernando. *Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: Una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión*. op. cit. pág. 137).

<sup>179</sup> *Fiscalización de declaraciones juradas de ingresos y de bienes y rentas en el Perú*. op. cit. pág. 28.

## Capítulo V

# ANTECEDENTES HISTORICOS Y EVOLUCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LOS INCREMENTOS PATRIMONIALES INJUSTIFICADOS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Para entender cómo ha evolucionado la prohibición penal de los enriquecimientos patrimoniales de los funcionarios públicos, es necesario hacer una reseña de los antecedentes que existen sobre estos hechos en las fuentes históricas. En primer lugar, nos referiremos al Derecho romano, específicamente al *crimen repetundarum*, pues como se verá, en sus orígenes tenía como objeto la recuperación de un enriquecimiento patrimonial ilícitamente obtenido por una persona considerada funcionario público. Este régimen constituye el antecedente más claro de los delitos de funcionario público, siendo el delito de enriquecimiento ilícito en la actualidad uno de ellos. Y en segundo lugar, a las Leyes de los Reinos de las Indias -por su influencia directa en el Derecho positivo paraguayo y Latinoamericano en general-, en lo que se refiere a las medidas e instituciones dirigidas a prevenir los enriquecimientos indebidos de los gobernantes y alcaldes que cumplían funciones en los territorios americanos.

### 1. EN ROMA: EL CRIMEN REPETUNDARUM.

Los antecedentes del delito de enriquecimiento ilícito pueden encontrarse indirectamente en la evolución que el Derecho romano dio a los delitos que tenían como núcleo principal el incumplimiento de los deberes de un cargo público, cuyo desarrollo y enriquecimiento se produjo en época de la República a través del desarrollo del *crimen repetundarum*. El crimen repetundarum fue fundamentalmente considerado y punido en la *Lex Iulia Repetundarum* y originariamente tenía por objeto la recuperación de una suma de dinero u otra cosa que fuera ilícitamente dado a un funcionario público<sup>1</sup>. En los primeros siglos de Roma las prácticas corruptas de los funcionarios eran poco frecuentes debido a la estricta vigilancia ejercida por el senado y los tribunos, la breve duración de los cargos públicos y la severidad de las leyes y costumbres. Lo último queda reflejado en la ley de las XII Tablas que castigaba con la pena capital a todo juez o arbitro que habiendo sido nombrado para juzgar un negocio, recibiese a cambio dinero de alguna de las partes para favorecerle<sup>2</sup>. Sin embargo, esta situación cambió cuando Roma empezó a expandirse territorialmente gracias a sus conquistas sobre los pueblos vencidos, y para el gobierno de estas nuevas provincias eran enviados funcionarios que reunían en su persona todos los poderes de las magistraturas de la metrópoli –militar, administración de justicia, gobierno y finanzas–, por lo que en vista a su lejanía del control del senado y los tribunos y su ilimitado poder, no tardaron estos funcionarios en cometer toda suerte de abusos y desmanes en contra de los pueblos sometidos<sup>3</sup>.

Estos abusos no tardaron en hacerse eco y fueron denunciados por los emisarios de las provincias víctimas ante el senado<sup>4</sup>, y en consecuencia fue sancionada la *Lex Calpurnia de*

<sup>1</sup> FERRUCCIO FALCHI, Giuseppino. *Diritto penale romano*. Editor R. Zannoni. Padova. Año 1932. pág. 179.

<sup>2</sup> Tabla 9na. Norma N° 3.

<sup>3</sup> VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. *Delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 6. Al respecto, menciona BARRACHINA que el desempeño de casi todas las magistraturas era de carácter gratuito, por lo que sólo las familias acaudaladas podían darse el lujo de que uno de sus miembros fuese un alto funcionario. De ahí que la falta de sueldo en las altas instancias del funcionariado provocó un gran aumento de la corrupción, especialmente de los sobornos, pues era conocido a nivel social, cómo se compraban los tribunales y demás funcionarios (BARRACHINA, Juan E. *La función pública. Su ordenamiento jurídico*. op. cit. pág. 53).

<sup>4</sup> ARANGIO-RUIZ, Vicente. *Historia del Derecho romano*. Instituto Editorial Reus. Madrid. Año 1943. pág. 211“El camino de la reforma del derecho y del procedimiento penal quedo abierto desde el día en que se inicio la lucha contra las concusiones de los magistrados provinciales, suciedad y vileza con la que, frecuentemente, se mancillaba la nobilitas. En algún caso de excepcional gravedad, las quejas formuladas por los provinciales contra

*Repetundis* del año 149 a.c. que tipificaba las conductas que constituían apropiaciones ilícitas y extorsiones realizadas por los magistrados romanos en perjuicio de los pueblos aliados o sometidos al dominio de Roma<sup>5</sup>. Esta ley estableció un Derecho penal regular y una clasificación de los delitos que se referían a los asuntos *repetundarum pecuniarum*, y en ese sentido SUMNER MAINE sostiene que el verdadero derecho criminal romano no había nacido hasta que fue sancionada la Lex Calpurnia en el año 149 a.c., pero su importancia grande y duradera fue la de introducir en el derecho procesal de la época una doble innovación, la instauración de la primera *quaestio perpetua* y el procedimiento de la *pecuniae repetundae*<sup>6</sup>.

Las *quaestiones perpetua* eran tribunales permanentes establecidos por ley que se crearon especialmente para juzgar los casos de concusión, ejercidos por un magistrado –praetor peregrinus– y compuestos por un número de jueces que se disponían en una lista anual pertenecientes al orden senatorial. Por su parte, la *pecuniae repetundae* era el objeto del juicio, que no era la represión del crimen, sino la mera restitución de un impuesto<sup>7</sup>, la extorsión o las cosas exigidas indebidamente con los cuales el funcionario se enriquecía ilícitamente<sup>8</sup>. DE ROURA comenta que los juristas romanos previeron para poner coto a las irregularidades y desmanes producidos por los magistrados, una acción de repetición por la cual todo habitante a quien el magistrado hubiere forzado a pagar un tributo indebidamente podía exigir la devolución del mismo, es decir, de lo entregado, una vez que aquél hubiese cesado en sus funciones. La

---

esos magistrados concusionarios fueron llevadas ante el Senado, antes de que se adoptasen medidas legislativas. Esta asamblea, tras permitir a los interesados que designasen sus defensores, nombraba un colegio de *reciperatores* a quienes encomendaba la tarea de comprobar los hechos denunciados y de condenar la restitución de lo mal adquirido. Era un procedimiento equitativo, sugerido por la necesidad y organizado a semejanza de los procesos privados entre romanos y extranjeros, a excepción de que, en el planteamiento de la controversia y en la fijación del programa judicial, el Senado ocupaba el puesto del pretor peregrino”.

<sup>5</sup> SANTALUCIA, Bernardo. *Derecho penal romano*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. Año 1990. pág. 78.; FUENTESECA, Pablo. *Estudios de Derecho romano*. Editorial Centro de Estudios. Madrid. Año 2009. pág. 1102; DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *La Respuesta a la Corrupción Pública*. op. cit. pág.19. “El crimen repetundarum, que llegó a incluir la aceptación de dádivas, la apropiación indebida, la extorsión, la concusión, el cohecho, delitos cometidos en materia de impuestos, etc., vinculados a la prohibición genérica de enriquecimiento de los funcionarios y la consiguiente acción de reclamación –conditio- de lo entregado por el particular se trasladó a las Leyes Calpurnia y Junia, apareciendo la citada Ley Calpurnia dada por Lucio Calpurnio Piso en el año 149 A.C., la primera ley romana que de modo general reguló esta materia”.

<sup>6</sup> SUMNER MAINE, Henry. *El derecho antiguo. Parte general*. Traducido por Gumersindo Azcárate. Madrid. Año 1893. Pág. 112 “Una *quaestio perpetua* era una comisión permanente; distinta, por lo tanto, de la nombrada temporalmente para un crimen. Era un tribunal criminal regular, que nacía en la ley que lo creaba y seguía hasta abolirlo otra ley. Sus miembros no eran nombrados personalmente como en las antiguas *quaestiones*, pero la ley determinaba el modo de elegir a los jueces en clases determinadas, y de renovarles por reglas definitivas. Las ofensas de que conocía eran también señaladas y definidas por ley; y la *quaestio* juzgaba y condenaba a todos aquellos cuyos actos entraban en la definición del crimen que daba la ley. Era, por lo tanto, un tribunal criminal regular, aplicando una verdadera legislación criminal regular”.

<sup>7</sup> Los gobernadores o funcionarios solían utilizar como instrumento de sus extorsiones a los “publicanos”, quienes eran los encargados de cobrar tributos en nombre del fisco. En los casos de cobros indebidos de impuestos, el Pretor otorgaba a la víctima una acción para que el publicano devuelva el doble de lo recibido injustamente. El Digesto se refiere a los publicanos en los puntos 1 y 2 del Título IV, Libro 39 que expresa: “1. Dice el pretor: daré juicio, dentro del año, por el doble de lo que un publicano en nombre de su <fisco>, o la servidumbre de los publicanos hubiera arrebatado por la violencia, a no ser que lo restituyera; y después del año, por el valor simple. Asimismo, daré juicio si se denuncia que han cometido un daño injusto o un hurto”; 2. Este título se refiere a los publicanos. Son publicanos los que viven de un fisco público –de donde toman su nombre-, sea que paguen al fisco un tributo global o vectigal, sean que cobren simplemente tributos, y todos los arrendatarios del fisco pueden llamarse rectamente publicanos”.

<sup>8</sup> ARANGIO-RUIZ, Vicente. *Historia del Derecho romano*. op. cit. idem pág; BIALOSTOSKY B., Sara. *La lucha del Derecho romano contra la corrupción de los funcionarios públicos*. RFDUNAM N° 243. Año 2005. pág.142 “Cabe resaltar que dicha ley no fijaba una pena para la concusión; se limitaba solamente a ordenar la devolución de cosas o su equivalente en dinero. En otras palabras no se trataba de reprimir un delito, sino de obtener la restitución de lo abusivamente obtenido”.

acción tenía gran eficacia, porque aunque el funcionario hubiese dispuesto de esos bienes debía reintegrarlos so pena de ir a la cárcel, ya que en esa época existía la prisión por deudas<sup>9</sup>.

La necesidad de acreditar una lesión patrimonial y su determinación en un concreto monto, era un claro límite a la iniciativa del denunciante y calificaba al mismo tiempo al órgano jurisdiccional, diversificando los casos que debían ser juzgados por las *quaestiones perpetua* y los que quedaban dentro del ámbito del proceso privado<sup>10</sup>. Según SANTALUCIA, este procedimiento revelaba la preocupación de la oligarquía senatorial por circunscribir la responsabilidad de los magistrados al ámbito patrimonial evitando que pudieran sufrir consecuencias de carácter penal<sup>11</sup>, lo que no evitó que los magistrados se enriquecieran ilícitamente ya que el procedimiento y la pena –civil de carácter resarcitorio– no eran lo suficientemente disuasorias para que dejaran de extorsionar a los ciudadanos extranjeros<sup>12</sup>.

Las deficiencias que presentaba la *Lex Calpurnia de Repetundis* motivaron a que se sancionaran varias leyes que vinieron a modificar el procedimiento y el sistema de sanciones del crimen repetundarum, como la *Lex Acilia Repetundarum* del año 122 a.c. promovida por el tribuno de la plebe Cayo Graco que se destacó por sustituir la sanción civil de repetición por una de carácter penal *in duplum* respecto de las cosas o dinero extorsionado y otorgó una serie de premios a los denunciantes que consiguieran condenar a los acusados<sup>13</sup>, la *Lex Cornelia de Repetundis* auspiciada por Sila en el año 81 a.c. que produjo un retroceso en materia de sanciones que se había conseguido con la *Lex Acilia* al reducir la pena del crimen repetundarum al *simpulum* de los bienes extorsionados, y por último, la *Lex Iulia Repetundarum* sancionada en el año 59 a.c. a propuesta de Julio Cesar que sistematizó la legislación concerniente al crimen repetundarum y constituyó el régimen legal vigente sobre la materia durante toda la época imperial<sup>14</sup>, formando parte posteriormente del Digesto de Justiniano gracias a sus compiladores que le dedicaron el Título 11 del Libro 48 “La Ley Julia de la Concusión” (De lege Iulia Repetundarum).

### 1.1. La Lex Iulia Repetundarum.

Para una mejor comprensión de nuestro objeto de investigación, resulta necesario detenernos a analizar el contenido de la *Lex Iulia de Repetundarum* debido a que constituye una importantísima fuente histórica del delito de enriquecimiento ilícito al prohibir conductas que conducían directamente al incremento patrimonial indebido de funcionarios altamente jerarquizados, como por ejemplo, los magistrados y los senadores. Al respecto dice el Digesto: “la Ley Julia de la concusión se refiere a aquellas cantidades que alguien cobró siendo magistrado o teniendo alguna potestad, administración o legación, o algún oficio, cargo o servicio público, o estando en la comitiva de alguno de ellos”<sup>15</sup>. Según GONZÁLEZ ROMANILLOS, la Lex Iulia contiene dos clases de normas, las que tienen por objeto la represión de conductas que implican con claridad un enriquecimiento del magistrado o senador, y las que vedan otro tipo de comportamientos<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> DE ROURA MORENO, Edgardo. *Derecho Penal. Parte Especial*. Editorial Perrot. Buenos Aires. Año 1955. pág. 526.

<sup>10</sup> VENTURINI, Carlo. *Studi sul crimen repetundarum nell'eta repubblicana*. Milano. Año 1979. pág. 108.

<sup>11</sup> SANTALUCIA, Bernardo. *Derecho penal romano*. op. cit. idem pág.

<sup>12</sup> GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio. *La corrupción política en época de Julio Cesar. Un estudio sobre la lex iulia de repetundis*. Editorial Comares. Granada. Año 2009. pág. 27.

<sup>13</sup> SANTALUCIA, Bernardo. *Derecho penal romano*. op. cit. pag. 80; GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio. *La corrupción política en época de Julio Cesar*. op. cit. pág. 31; VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. *Delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 7.

<sup>14</sup> GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio. *La corrupción política en época de Julio Cesar*. op. cit. pág. 23.

<sup>15</sup> Digesto 48. 11. 1.

<sup>16</sup> GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio. *La corrupción política en época de Julio Cesar*. op. cit. pág. 56.

El citado autor distingue dos grupos en las disposiciones normativas que previenen las conductas de enriquecimiento: normas que prohíben conductas que ya con anterioridad a la *Lex Iulia* eran subsumibles en el concepto de crimen *repetundarum*, y normas que reprimen otro tipo de comportamientos ilícitos.

a) Conductas tradicionales de los crimen *repetundarum* eran las siguientes:

- Llevar a cabo actos de carácter negocial por un precio más ventajoso que el justo<sup>17</sup>.
- Exigir a la población provincial contribuciones para el transporte y el hospedaje en una cantidad superior a la permitida por la propia *Lex Iulia*.
- Requisar naves o imponer contribuciones de grano.
- Recibir dinero a cambio de realizar o no ciertos actos que sean susceptibles de ser encuadrados en el ámbito competencial del magistrado, a saber: a) juzgar o dejar de hacerlo<sup>18</sup>, b) dictar un decreto, c) alistar o licenciar a un militar, d) declarar la opinión en el senado o en otro órgano público, e) promover o no una acusación<sup>19</sup>, f) nombrar o cambiar a un juez o arbitro, o dejar de hacerlo, g) hacer ingresar a alguien en una prisión pública, o liberarlo, y h) condenar o absolver a alguien o realizar algún tipo de actividad corrupta en la determinación de la pena<sup>20</sup>.

Los rasgos que definen a estas conductas han sobrevivido al paso del tiempo y actualmente forman parte de los elementos objetivos de algunos delitos que protegen la función pública previstos en los códigos penales de nuestra época, como pueden ser el cohecho, la prevaricación, la exacción, la liberación de presos, entre otros.

b) Conductas que implicaban otros comportamientos ilícitos:

- Decretar el *aurum coronarium* y/o apropiarse del botín de guerra antes de que fuese concedido el triunfo.
- Recibir donativos y regalos fuera de lo establecido en la ley<sup>21</sup>.
- La prohibición dirigida a los senadores de asumir arrendamientos públicos y poseer naves con un fin comercial.

## 1.2. Síntesis de la *Lex Iulia Repetundarum*

Del análisis de las normas contenidas en la *Lex Iulia* de *Repetundarum* se observa que el legislador romano sistematizó en un único ordenamiento jurídico una serie de comportamientos delictivos que prevenían y reprimían actos de corrupción (que en muchos de los casos se referían a actos de corrupción realizados en el ámbito jurisdiccional), cuya sanción consistía en la pena de restitución de los bienes exigidos indebidamente. Puede decirse que los tribunales permanentes que juzgaban estos hechos (*quaestiones perpetuae*) fueron uno de los primeros en la historia en aplicar el principio básico y esencial de todo sistema penal moderno que es el de

<sup>17</sup> Digesto 48.11.8: “No puede usucapirse lo donado a un gobernador de provincia o a un pretor en contra de la ley de la concusión. La misma ley anula las ventas y arrendamientos hechos por un precio mejor o menor del justo, a causa de concusión, e impide la usucapición <de lo donado> hasta que vuelva al poder de aquel de quien procedía, o de su heredero”.

<sup>18</sup> Digesto 48. 11.3: “Responde por la ley Julia de la concusión el que, en uso de alguna potestad, hubiera cobrado alguna cantidad por juzgar o no juzgar, o dar algún decreto”.

<sup>19</sup> Los supuestos c, d, y e se encuentran previstos en el Digesto 48.11.6.

<sup>20</sup> Los supuestos f, g y h se encuentran previstos en el Digesto 48.11.7.

<sup>21</sup> Digesto 48.11.6.2: “... y que los magistrados de Roma se abstengan de toda codicia, y no reciban al año, como regalo o gratificación, más de cien aureos”.

legalidad, ya que juzgaban y castigaban unos hechos que se encontraban definidos como delitos en una ley anterior a su comisión.

Estos comportamientos tenían la consideración de lo que actualmente la doctrina penal denomina “delitos especiales”, pues la propia *Lex Iulia* limitaba el ámbito de los posibles sujetos activos a determinados funcionarios públicos que ostentaban la calidad de magistrado, los que tenían potestades de administración o los que estaban al frente de un servicio público. Como los hechos que dieron origen a esta ley fueron los constantes comportamientos dolosos de estos funcionarios dirigidos a obtener un lucro ilícito en perjuicio de los ciudadanos y pueblos extranjeros sometidos a Roma, no puede negarse que la ratio legis de este ordenamiento radicaba en cierto sentido en evitar los incrementos patrimoniales ilícitos de los funcionarios romanos conseguidos a través de actividades extorsivas<sup>22</sup>.

En ese sentido, se observa que para controlar los enriquecimientos ilícitos de los funcionarios la *Lex Iulia* no había tipificado el mero incremento patrimonial injustificado como delito autónomo tal como lo hacen ciertas legislaciones penales en la actualidad, sino que se decantó más bien por prohibir las conductas con las que el funcionario conseguía o procuraba su enriquecimiento patrimonial. Por tanto, en sus primeros tiempos el crimen *repetundarum* requería para que un funcionario fuera condenado por un delito de concusión, la comprobación de tres extremos que constituían sus elementos objetivos: la realización de una de las conductas previstas en la ley, el enriquecimiento del funcionario y el daño patrimonial sufrido por la víctima.

### 1.3. Valoración de los aportes del Derecho romano.

Los caracteres que acabamos de señalar sobre el procedimiento de juzgamiento y tipificación del crimen *repetundarum* no siempre fueron los mismos. Las distintas leyes que modificaron la *Lex Calpurnia* (desde la *Lex Acilia* hasta la *Iulia*) ocasionaron que las *quaestiones repetundarum* sufrieran un proceso evolutivo en su objeto, que en principio fue proteger a los ciudadanos de los pueblos extranjeros de los abusos cometidos por los funcionarios romanos y controlar la actividad de las magistraturas en las provincias, para luego otorgar más importancia a la segunda que a la primera. Con el paso del tiempo, las *quaestiones repetundarum* terminaron por convertirse en un instrumento de control de la actividad pública de los funcionarios dejando de lado su antigua función de protección de la población extranjera sometida a Roma, y eso produjo la introducción en la *Lex Iulia* de unas conductas criminales que no estaban incluidas en su configuración original dirigidas más bien a la represión de la corrupción en el ámbito jurisdiccional.

La última reforma que modificó el régimen del crimen *repetundarum* determinó que el objeto de estas conductas criminales estuviese dirigido específicamente a controlar el correcto ejercicio de los deberes de los funcionarios, excluyendo cualquier referencia al enriquecimiento ilícito del sujeto activo y al daño como elementos objetivos; el primero, en razón a la dificultad que suponía en algunas ocasiones probar tal extremo, y el segundo, por la relevancia que se dio al control del ejercicio de la función pública sobre los derechos de reparación que tenían las víctimas<sup>23</sup>. Esta mayor consideración hacia el control judicial puede considerarse como un indicio de que el legislador romano habría modificado las finalidades del crimen *repetundarum* orientándolo hacia la represión de los comportamientos que implicaban un incorrecto ejercicio de la función pública, otorgando un matiz más ético a estos delitos.

<sup>22</sup> GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio. *La corrupción política en época de Julio Cesar*. op. cit. pág. 60.

<sup>23</sup> GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio. *La corrupción política en época de Julio Cesar*. op. cit. pág. 104.

La confianza que el pueblo romano depositaba en el magistrado y el marcado carácter ético que poseía el cargo que ejercía, se encuentran plasmados en la misma *Lex Iulia Repetundarum* que prescribe: “se puede acusar del crimen de concusión a los que corrompieron con la aceptación de soborno el cargo públicamente a ellos confiado”<sup>24</sup>. Comparte esta postura MOMMSEN al señalar que al lado de la concepción formal que pudiera tener la acción de repetundis, ésta se hallaba impregnada seguramente desde la antigüedad de una concepción ética y política, manifestando como ejemplo que la aceptación de donaciones o presentes por parte de los magistrados era en realidad un cohecho, por lo que la acción debía servir para ayudar al particular a obtener su derecho en contra del magistrado cohechado<sup>25</sup>.

De lo todo lo señalado puede afirmarse las siguientes conclusiones. Una de las razones que había creado el régimen del crimen repetundarum fue para reprimir los enriquecimientos injustos que los funcionarios romanos amasaban por las constantes extorsiones que realizaban a los pueblos sometidos, por lo que se puede afirmar que es el primer antecedente histórico que existe sobre la criminalización de unos comportamientos que conllevan el incremento patrimonial indebido de un funcionario público a causa del abuso de su cargo público. Este fundamento fue distorsionándose a través de las distintas leyes que vinieron a modificar el régimen de estos delitos, y terminó perfilándose como un sistema de control preventivo y represivo del fiel cumplimiento de los deberes del cargo. Este enfoque ha sobrevivido con el transcurso de los siglos y la doctrina lo ha considerado por mucho tiempo como fundamento de los delitos cometidos por funcionarios públicos, hasta que apareció en escena las posturas que defiende la ilicitud de estos delitos en la preservación del correcto ejercicio de las funciones públicas de acuerdo a los parámetros constitucionales del Estado Democrático y Social de Derecho, siendo esta tendencia la más aceptada y difundida en la actualidad. Por lo tanto, es correcto afirmar que el crimen repetundarum constituye la génesis de los comportamientos punibles previstos en los códigos penales en el capítulo denominado “delitos contra la administración pública” o “hechos punibles contra el ejercicio de las funciones públicas”.

Por último, resulta paradigmático que el legislador romano a través de la *Lex Iulia Repetundarum* haya decidido criminalizar en el ámbito del crimen repetundarum comportamientos ilícitos sin la necesidad de comprobar el enriquecimiento indebido del sujeto activo bajo el pretexto de que esta circunstancia en muchos de los casos era muy difícil probarla, dado que en la actualidad es totalmente lo contrario, en el sentido de que uno de los aspectos que se le cuestiona al delito de enriquecimiento ilícito es su aparente subsidiariedad, es decir, sólo incrimina el enriquecimiento patrimonial de un funcionario (producto de la adquisición o transacción de bienes económicos fáciles de probar en la práctica) que se presume ha sido obtenido a través de la realización de comportamientos corruptos durante el ejercicio de la función pública que no pueden ser acreditados por falta de pruebas.

## **2. LEYES ADMINISTRATIVAS PARA LOS REINOS DE LAS INDIAS (SIGLO XVII).**

En los territorios americanos pertenecientes al Reino de España era una constante los abusos y hechos de corrupción por parte de los gobernadores y alcaldes. ZORRAQUIN BECÚ menciona que sin bien existían leyes generales que establecían deberes y obligaciones funcionales para estos servidores de la corona destinadas específicamente a salvaguardar su imparcialidad (por ejemplo, no podían casarse sin licencia, nombrar parientes dentro del cuarto grado, negociar en forma alguna ni servirse de los indios para su beneficio), éstas no fueron

<sup>24</sup> Digesto 48.11.9.

<sup>25</sup> MOMMSEN, Teodoro. *El Derecho penal romano*. Traducido por Pedro Dorado. Editorial La España Moderna. Madrid. Año 1902. pág. 211.



capaces de impedir —especialmente en el Río de la Plata—, actos de gobernadores interesados en el comercio ilícito y abusos en las poblaciones a su cargo para enriquecerse indebidamente<sup>26</sup>.

La reglamentación general de los deberes y funciones de los gobernadores se encontraba prevista en el capítulo “De Gobernadores y Regidores” de la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias. Así, toda persona que asumía el cargo de gobernador debía jurar que cumpliría fielmente sus principales deberes mediante la siguiente fórmula: “que usaréis bien y fielmente el oficio de gobernador y capitán general, de que se os ha hecho merced, y guardaréis el servicio de dios, y de su majestad, y tendréis cuenta con el bien, y buena gobernación de aquella provincia, y miraréis por el bien, aumento y conservación de los indios, y haréis justicia a las partes sin excepción de personas, y guardaréis, y cumpliréis poscapítulos de buena gobernación y leyes del reino, cédulas y provisiones de su majestad, y las que están hechas y dadas y se hicieron y dieren para el bien gobierno del Estado de las Indias, y que no trataréis, ni contrariéis por vos, ni por interpósita persona, y no tendréis hecho, ni haréis concierto, ni iguala con vuestro teniente, ni alguaciles ni otros oficiales, sobre sus salarios y derechos, y se los dejaréis libremente como su majestad lo manda, y no llevaréis ni consentiréis que vuestros oficiales lleven derechos demasiados, ni dádivas, ni cohecho”<sup>27</sup>.

También existían disposiciones administrativas tendientes a combatir y desalentar los incrementos patrimoniales indebidos de estos funcionarios, en especial, a través de la ley dictada el 5 de diciembre de 1622 por el Rey Felipe IV que expresaba: “ordenamos y mandamos, que los gobernadores, corregidores y alcaldes mayores no sean admitidos al uso y ejercicio de sus oficios, si no presentaren el inventario de todos los bienes, y hacienda que tuvieren al tiempo que nos les hiciéramos merced, y los que se hallaren en las Indias le hagan y presenten ante las Audiencias Reales del Distrito, guardando la ley”<sup>28</sup>.

Esta disposición legal es un claro antecedente del actual deber funcional de los servidores públicos de prestar declaración jurada de bienes y rentas. Como puede observarse, esta ley condicionaba el ejercicio de estos cargos a que el designado presente un inventario de sus bienes y su hacienda (entendiéndose como sus rentas), y si hubiera adquirido algunos en las Indias debía presentar dicho inventario en la Audiencia Real del distrito correspondiente al lugar donde ejercía su oficio según el procedimiento previsto en la ley.

La citada disposición estaba complementada con otra que expresaba: “los gobernadores, corregidores y alcaldes mayores proveídos en España para las Indias, o en ellas, y sus tenientes, antes que sean recibidos y usen sus oficios, den fianzas legas, llanas y abonadas en las ciudades donde los hubieren de ejercer de que darán residencia del tiempo que los sirvieren como son obligados, y pagarán juzgado y sentenciado, y por lo que toca a nuestra Real hacienda y cajas de comunidades conforme a las leyes de nuestros Reinos de Castilla”<sup>29</sup>.

Esta norma establecía que los funcionarios mayores debían constituir fianzas adecuadas antes de asumir y ejercer su cargo público, ante la eventualidad de ser condenados posteriormente en un juicio de residencia<sup>30</sup>. Este juicio era un procedimiento mediante el cual

<sup>26</sup> ZORRAQUIN BECÚ, Ricardo. *La organización política argentina en el periodo hispánico*. 3ª Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. Año 1967. pág. 155.

<sup>27</sup> Ley VI, Título II. Libro V. *Recopilación de leyes de los reinos de las indias*. Tomo II. Consejo de la Hispanidad. Madrid. Año 1943. pág. 117.

<sup>28</sup> Ley VII, Título II. Libro V. *Recopilación de leyes de los reinos de las indias*. op. cit. idem pág.

<sup>29</sup> Ley VIII, Título II. Libro V. *Recopilación de leyes de los reinos de las indias*. op. cit. pág. 118.

<sup>30</sup> MARILUZ URQUIJO, José María. *Ensayo sobre los juicios de residencia indianos*. Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla. Año 1952. pág. 3 “Llamábase juicio de residencia, o simplemente residencia, a la cuenta que se tomaba de los actos cumplidos por un funcionario público al terminar el desempeño de su cargo. El juicio constaba de dos partes. En la primera se investigaba de oficio la conducta del funcionario, en la segunda se

los gobernadores debían someterse a una pesquisa al terminar su mandato, a fin de que probados los cargos que se les acusaba sufrieran el castigo adecuado<sup>31</sup>, y precisamente uno de los objetos de este procedimiento lo constituía la determinación de posibles incrementos patrimoniales indebidos<sup>32</sup>. En ese sentido, manifiesta MARILUZ URQUIJO que de las sentencias de los juicios de residencia que se conservan en el Archivo General de Indias, existen numerosos casos de funcionarios condenados a crecidas penas pecuniarias o de privación de oficio que demuestran que las residencias fueron un positivo recurso para sanear la burocracia indiana<sup>33</sup>.

### **3. LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DE LOS INCREMENTOS PATRIMONIALES INJUSTIFICADOS EN LA ACTUALIDAD. SU REAPARICIÓN COMO HERRAMIENTA POLÍTICO CRIMINAL CONTRA LA DELINCUENCIA RELACIONADA CON LA CORRUPCIÓN PÚBLICA, EL TRÁFICO DE DROGAS Y LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA.**

Después de estos remotos antecedentes que nos hemos referido en los anteriores apartados, no existe referencia alguna sobre la prevención y represión de los incrementos patrimoniales injustificados de los miembros de la función pública en la evolución posterior de la ciencia penal ni ha sido introducido en ningún ordenamiento positivo hasta su reaparición en la primera parte del Siglo XX a través de los intentos legislativos de ciertos países de tipificar el delito de enriquecimiento ilícito, tanto como si fuera que la criminalización de este hecho haya realizado un salto en el tiempo, transportándose desde la antigüedad hasta nuestros días por arte de magia. Por eso puede decirse que uno de los obstáculos que ha tenido el estudio de los incrementos patrimoniales injustificados en el área penal es su nula evolución histórico-doctrinal en la ciencia penal y su escaso desarrollo jurisprudencial.

#### **3.1. Su planteamiento en Latinoamérica.**

El curso histórico de nuestra existencia nos demuestra que en toda sociedad en la que conviven hombres con unos fines comunes, es prácticamente inevitable un cierto nivel de conflictos que surgen de tensiones acaecidas dentro de la estructura social cuando las expectativas e inspiraciones del individuo o grupo no coinciden con las recompensas disponibles, es decir, existe una disparidad entre expectativas y la realización de ellas<sup>34</sup>. Muchas veces el grado de insatisfacción de las expectativas transforman estas tensiones en comportamientos que se reputan indeseables y lesivos para las condiciones que posibilitan el normal desenvolvimiento del ser humano y el grupo social. Estos comportamientos socialmente dañosos se denominan “delitos”, y su configuración como tales es una decisión exclusiva del legislador<sup>35</sup>. Así, puede decirse que el concepto de delito es relativo, puesto que parte de múltiples criterios que se presentan de modo diferente en cada sociedad y determinado momento<sup>36</sup>.

---

recibían las demandas que interponían los particulares ofendidos para obtener satisfacción de los agravios y vejaciones que habían recibido del enjuiciado”.

<sup>31</sup> ZORRAQUIN BECÚ, Ricardo. *La organización política argentina en el periodo hispánico*. op. cit. pág. 167.

<sup>32</sup> RIMONDI, Jorge Luis. *Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 2005. pág. 273.

<sup>33</sup> MARILUZ URQUIJO, José María. *Ensayo sobre los juicios de residencia indios*. op. cit. pág. 292.

<sup>34</sup> GIDDENS, Anthony. *Sociología*. 4ª Edición. Editorial Alianza. Madrid. Año 2004. pág. 272.

<sup>35</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. *Problemas de política criminal y otros estudios*. Editorial Abeledo Perrot. Santiago (Chile). Año 2009. pág. 5.

<sup>36</sup> BINDER, Alberto. *Política criminal: de la formulación a la praxis*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 1997. pág. 30.

Para hacer frente a estos conflictos sociales, el Estado busca aquello que es bueno o útil para la sociedad a través de su política general, y de esa manera, realiza un sinnúmero de actos por medio de los detentadores del poder público que se exteriorizan en la realidad social de muy diversas maneras, así se habla de política educativa, política sanitaria, política económica, etc. Una de esas parcelas de actuación se denomina política criminal<sup>37</sup>, y es la que plantea desde una perspectiva pública, un conjunto de estrategias, instrumentos y modelos de acción que hacen frente al fenómeno criminal<sup>38</sup>, con el único fin de alcanzar la realización plena de la dimensión sustancial de la democracia, que no es otra que la vigencia material de los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones<sup>39</sup>.

Se ha demostrado en los capítulos anteriores de esta investigación que el fenómeno de la corrupción se distorsiona en varios comportamientos socialmente dañinos que ocasionan graves daños a las diferentes estructuras de nuestro sistema de convivencia, especialmente a las instituciones del Estado. Entre éstas la más vulnerable es la función pública, que es atacada directamente en su elemento principal: el funcionario público. La corrupción produce sus efectos en la persona del funcionario público creándole conflictos de intereses que conllevan a que se desvíe de sus deberes legales mediante la tentación de obtener beneficios económicos indebidos. Este desvío funcional se traduce en la realidad en varios comportamientos y fenómenos dispares que tiene como denominador común la presencia de un conflicto social y un beneficio económico ilícito, que son desvalorados negativamente por los ciudadanos porque alteran el orden de expectativas de rol que se ha impuesto a los funcionarios públicos y suponen un riesgo intolerable a las funciones que la Constitución ha encomendado a la función pública. En virtud al gran valor que posee la organización funcionarial en la sociedad y para prevenir su posible daño, el Estado ha decidido tipificar en los códigos penales un conjunto de conductas punibles que sólo pueden ser cometidas por funcionarios públicos que constituyen los delitos contra la función pública<sup>40</sup>.

Sin embargo, la estructura clásica de este conjunto de delitos no ha sido siempre la misma, siendo notablemente ampliada por los cambios sociales producidos por los efectos de la era postindustrial. El primer cuarto del siglo XX trajo consigo en los países latinoamericanos el surgimiento de un resentimiento social hacia un hecho que se repetía dentro de la función pública que consistía en el constante incremento desmedido del patrimonio de los funcionarios públicos durante el ejercicio de sus cargos, el cual no tenía una justificación legal razonable, es decir, esos incrementos no se correspondían con las remuneraciones legales que percibían del Estado. La excesiva modificación patrimonial no aclarada del funcionario hacía sospechar a los ciudadanos por puro sentido común, que era producida por los beneficios económicos indebidos

<sup>37</sup> MIR PUIG, Santiago. *Constitución, Derecho penal y globalización*, en: Gómez Martín, Víctor (Coord): Política criminal y reforma penal. Editorial BdeF. Buenos Aires-Montevideo. Año 2007. pág. 4 “Todo Derecho penal responde a una determinada política criminal, y toda política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde”.

<sup>38</sup> BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Ensayos de Derecho penal y política criminal*. op. cit. pág. 207.

<sup>39</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*. Editorial Codex. Madrid. Año 2001. pág. 24. En este contexto puede afirmarse que la relación entre política criminal y democracia es directa, ya que la primera nos demuestra cómo un Estado utiliza sus instrumentos de control social, especialmente, en lo que se refiere al uso del sistema penal. De ahí que el uso del ius puniendi por la política criminal es un indicador que demuestra el grado de democratización de una sociedad y la magnitud del respeto a la dignidad de todas las personas que es la base de todo sistema democrático.

<sup>40</sup> Ante los distintos sistemas penales existentes e independientemente de las distintas denominaciones jurídicas que los delitos contra la función pública puedan tener en cada país, se consideran como tales: el cohecho, el soborno, la prevaricación, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, exacciones ilegales, lesión corporal en el ejercicio de funciones públicas, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios, infidelidad o revelación de secretos o documentos de servicio, y corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

que había obtenido de varios actos delictivos cometidos durante el ejercicio de su cargo, en los que no sólo podía estar comprometida la riqueza pública, sino también la ética pública.

La presunción cobraba fuerza por la circunstancia de que resultaba sumamente difícil a los órganos de control del Estado (administrativos y judiciales) la determinación fehaciente del origen del enriquecimiento, y mucho menos, un hecho punible concreto que pudiera ser judicialmente comprobado<sup>41</sup>, de ahí que estas situaciones patrimoniales injustificadas representaban un serio y alarmante problema para las instituciones del Estado porque ponían en entre dicho los principios de probidad y transparencia. Además, quedaba claro que estos casos presentaban un grave estado de impunidad que hacían inmunes de pena a estos funcionarios, no sólo por la ausencia o insuficiencia investigativa de los órganos de control estatal y públicos de persecución penal, sino también por la existencia de un vacío legal en cuanto a estos hechos pues no se subsumían en ninguno de los ya existentes delitos contra la función pública. Al respecto, SARAVIA TOLEDO y VILLADA refieren: “el enriquecimiento espurio en la función sigue siendo un problema difícil de resolver. Este es un claro ejemplo de que la ley penal no alcanza para corregir la corrupción moral que anida en el alma humana”<sup>42</sup>.

Estas circunstancias impulsaron al legislador a tener la necesidad de contrarrestar estas prácticas consideradas corruptas por la sociedad recurriendo inevitablemente a la tipificación de una nueva figura penal: el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos. Los contornos de este delito son casi iguales en todos los países que lo tipifican, cuyo injusto se configura básicamente en la incriminación de determinadas conductas realizadas por un funcionario que conllevan un evidente incremento de su patrimonio durante el ejercicio de su cargo público, sin que éste enriquecimiento pueda ser razonablemente justificado por vía de sus ingresos legales declarados. Afirma CREUS adhiriéndose con otros autores argentinos, que se está en presencia de un delito complejo que requiere dos hechos bien diferenciados, uno positivo, exteriorizado por el enriquecimiento del patrimonio, y otro negativo, que se corresponde con la no justificación de la procedencia legítima del enriquecimiento<sup>43</sup>. El injusto del delito no contempla el enriquecimiento que fuera consecuencia de bienes procedentes del sueldo compatible con el cargo, honorarios profesionales, donaciones, herencias u otras formas de adquisición previstas en las leyes (puesto que son lícitas), sino aquél que se presume proveniente de operaciones ilícitas<sup>44</sup> que no pueden ser probadas. Esto es así en razón a que si se prueban los delitos cuyas consecuencias originan el incremento patrimonial, la imputación debería recaer sobre esos hechos delictivos y no por enriquecimiento ilícito.

Se deduce fácilmente que la ilicitud del hecho no recae en las conductas que ocasionan el incremento patrimonial, sino en la falta de pruebas sobre el origen lícito de los bienes que constituyen dicho enriquecimiento. Esta circunstancia nos demuestra que el tipo penal contiene una presunción de ilegalidad sobre la procedencia de los bienes cuya desvirtuación es una carga que corresponde exclusivamente al funcionario público, afirmación que se sustenta por el simple hecho de que si logra probar el origen lícito de los bienes que incrementan su patrimonio su conducta sería atípica a efectos del tipo penal de enriquecimiento ilícito, sin perjuicio de que pueda ser considerada ilícita por otros medios de control formal. El legislador ha tenido que recurrir a la utilización de presunciones legales debido a que en muchos casos de corrupción es difícil establecer una relación causal entre el los bienes excesivos que posee un funcionario y un

<sup>41</sup> SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Sobre la inconstitucionalidad del Art. 268 (2) del código penal argentino*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 1994. pág.17.

<sup>42</sup> SARAVIA TOLEDO, Rogelio; VILLADA, Jorge Luis. *Curso de Derecho penal. Parte especial*. Editorial Virtudes. Buenos Aires. Año 2003. pág. 753.

<sup>43</sup> CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte especial*. Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires. Año 1991. pág. 323.

<sup>44</sup> PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la administración pública*. 2ª Edición. Lima. Año 1997. pág. 242.

determinado delito funcional cometido por él<sup>45</sup>, que determinaría la ilicitud de esos bienes. De esta manera, la respuesta penal que se ha dado a la exhibición impune de riquezas de origen inexplicable por los miembros de la función pública consiste en presumir delitos no conocidos o probados cuando se acreditan en el funcionario dos hechos concretos: la excesiva desproporción entre el enriquecimiento de su patrimonio y sus ingresos legales, y la falta de una explicación razonable sobre el origen lícito de ese enriquecimiento. Tal como expresa QUINTERO OLIVARES, la equiparación entre lo inexplicable y lo delictivo es tenida como la única manera no ingenua de afrontar la lucha contra la criminalidad de nuestro tiempo<sup>46</sup>.

Con la tipificación de este delito el legislador ha venido a solucionar dos dificultades que se le planteaban. Por un lado, llena el vacío legislativo que exigía la sociedad con relación a estos hechos socialmente desvalorados (los incrementos patrimoniales injustificados de los funcionarios públicos), y por otro, salva los problemas de índole probatorio derivados de la necesidad de acreditar el hecho ilícito que origina el enriquecimiento, pues con esta técnica legislativa a los órganos de persecución penal les resulta más fácil demostrar el hecho delictivo<sup>47</sup> y la deshonestidad administrativa del funcionario público, por lo que a través de la sanción impuesta se estaría devolviendo a la comunidad la confianza perdida en el sistema democrático en su conjunto, y a su vez, se estaría protegiendo el buen nombre de los funcionarios honestos. De esta manera, puede decirse que el enriquecimiento ilícito es el último eslabón de la cadena de delitos que obran contra la corrupción, en la medida que éste es aplicado cuando las demás figuras penales creadas al efecto quedan inoperantes, ya que persigue aquello que siempre es visible o comprobable en los actos de corrupción: el dato objetivo del beneficio patrimonial indebido.

Establecidas estas premisas es fácil apreciar la razón político criminal de la creación de este delito, la cual ha sido claramente expuesta por CARO CORIA: “la defensa de la criminalización del enriquecimiento ilícito ha reposado por lo general en criterios de necesidad de pena, en el sentido de evitar vacíos de punibilidad frente a aquellos funcionarios que al final del ejercicio de sus cargos ostentan un patrimonio importante no justificado en razón de sus ingresos y sin que pueda acreditarse que haya cometido peculado, cohecho u otros delitos contra la administración pública. En tal sentido, la sospecha de la comisión de uno o varios delitos de funcionario, sumada al deseo de evitar estas situaciones o estados patrimoniales presuntamente

---

<sup>45</sup> Señala QUINTERO OLIVARES que la relación causal entre bienes o provechos obtenidos y una actividad delictiva, precisa que el actor obtenga algo que no tenía antes del delito y que es valioso en términos de dinero, que efectivamente produce un incremento del patrimonio material de sus autores o partícipes. De esta manera, para establecer la ilicitud de unos bienes o provechos, no es tan importante elaborar una lista de los provechos obtenidos –dinero, joyas, casas, coches, barcos, etc.–, sino situar la obtención en una relación causal con un suceso delictivo (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo*. Actualidad Jurídica Aranzadi N° 698. Año 2006. pág. 5). En ese sentido, el AyS N° 251 de fecha 16 de mayo de 1997 emanado de la CSJP (preopinante, Dr. Paciello Candia) señala que por más que en los registros públicos existan constancias de que una persona posea un considerable patrimonio acumulado, si no existe un hecho capaz de orientar investigaciones tendientes a demostrar su participación o coparticipación dentro de los marcos de algún tipo penal, no puede otorgarse carácter ilícito a tal acumulación patrimonial.

<sup>46</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil*. RECPC 12-r”. Año 2012. pág. 4.

<sup>47</sup> VILLADA, Jorge Luis. *Delitos contra la función pública*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Año 1999. pág. 383 “El proyectista fundamentaba la creación de esta figura en la necesidad de limitar la corrupción inmoral de los funcionarios públicos a través de una conducta que aunque se presentaba indeterminada y antipática a la dogmática penal-constitucional, resolvía la dificultad práctica que se presentaba para probar muchos hechos concretos contra funcionarios públicos contenidos en el código penal”. Así también WILSHER sostiene que es evidente que los delitos de riqueza inexplicable alivian la carga de la prueba al órgano acusador debido a que no tiene que aportar directamente ninguna prueba sobre un hecho de corrupción (WILSHER, Dan. *Inexplicable wealth and illicit enrichment of public officials: A model draft that respect human rights in corruption cases*, en: *Crime, Law & Social Change*. Vol. 45. Editorial Springer. Países Bajos. Año 2006. pág. 29).

ilícitos, suele considerarse suficiente justificación para otorgar relevancia penal a estas situaciones o estados de enriquecimiento”<sup>48</sup>.

Desde la doctrina no tardaron en producirse duras críticas contra este planteamiento político criminal, pues no es necesario hacer un análisis profundo tanto de su justificación como de la configuración del injusto del delito de enriquecimiento ilícito para darse cuenta de su dudosa constitucionalidad, al violentarse con su aplicación varios derechos fundamentales sustantivos y procesales reconocidos a toda persona sometida a un proceso penal previstos en toda Constitución moderna, como son los derechos a la presunción de inocencia, a guardar silencio y no declarar contra sí mismo, y la no inversión de carga de la prueba. Posiblemente el estado actual de corrupción que presentan las instituciones estatales haya presionado al legislador a decantarse más por apaciguar la inquietud de la opinión pública mediante la creación de normas penales con éstas características aunque esa finalidad conlleve la vulneración de derechos constitucionales<sup>49</sup>, lo que ha llevado al jurista a presentir que en la antigua batalla entre el ser y el deber ser, los actuales imperativos constitucionales devienen, precisamente, en substratos filosóficos ineficaces<sup>50</sup>.

Es más, el ciudadano corriente puede entender que la inversión de carga de la prueba que ocasiona la aplicación del delito de enriquecimiento ilícito conlleve la afectación del derecho de presunción de inocencia; sin embargo, el estado de corrupción imperante en las instituciones públicas en latinoamérica ha hecho que la sociedad otorgue igualmente legitimidad a esta figura penal por una convicción que es bien relatada por CALSAMIGLIA: “la facilidad con la que se puede producir y se produce la corrupción –y también su impunidad– puede exigir una mayor diligencia de la habitualidad a aquellas personas que tengan encomendadas determinadas funciones. Es muy fácil demostrar la legalidad de la emergencia de una gran fortuna de un presidente de gobierno en el periodo en que está en el poder por el propio presidente. Si un gobernante pasa de tener un patrimonio de 50 a 1000 millones de pesetas en dos años quizá no sea pedir demasiado que demuestre de dónde han surgido. Presumir que viene de la corrupción, si no se da una justificación, no lesiona las convicciones de principios de nuestras sociedades”<sup>51</sup>.

A pesar de haberse advertido los posibles inconvenientes constitucionales que presenta el delito de enriquecimiento ilícito en su aplicación, muchos países se sintieron tentados en la necesidad de incorporar esta figura criminal a sus legislaciones internas, especialmente aquellos en los que la corrupción presenta un alto grado de desarrollo institucional, razón por la cual es correcto afirmar que la cuna que vio nacer al delito de enriquecimiento ilícito es latinoamérica. Al respecto, GÁLVEZ VILLEGAS manifiesta que los antecedentes más cercanos de este tipo penal parecen haber surgido en las legislaciones latinoamericanas donde al constatarse el surgimiento de ingentes fortunas acumuladas a partir del ejercicio de la función o desempeño de cargos por parte de funcionarios o servidores públicos, paulatinamente se fue criminalizando estas conductas por los distintos países de la región, habiéndose estructurado los tipos penales de variadas maneras pero siempre manteniéndose la orientación de reprimir penalmente el

<sup>48</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El Delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 126.

<sup>49</sup> En este sentido, SARAVIA TOLEDO y VILLADA han criticado la reforma del texto de la ley que castiga el enriquecimiento ilícito en la Argentina, manifestando que ésta sólo se ha realizado para calmar el clamor público en contra de la corrupción, como si la ley penal pudiera poner freno o modificar las conductas corruptas de la persona humana, siendo éste un problema de formación cívica del funcionario y de la población que debe controlarlo. El Derecho Penal no corrige conductas, sólo sanciona las que residualmente no acatan o violan la ley (SARAVIA TOLEDO, Rogelio; VILLADA, Jorge Luis. *Curso de Derecho penal. Parte especial*. op. cit. idem pág.).

<sup>50</sup> MIKKELSEN-LOTH, Jorge. *Enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 8.

<sup>51</sup> CALSAMIGLIA, Albert. *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*. Editorial Paidós. Barcelona. Año 2000. pág. 39.

ánimo lucrativo de los funcionarios, expresado en el incremento de sus respectivos patrimonios<sup>52</sup>.

En este contexto, ya en el año 1940 el Paraguay fue uno de los primeros países latinoamericanos que no se resistieron a la aventura de tipificar en su legislación interna el delito de enriquecimiento ilegítimo hasta entonces casi desconocido, al que le siguieron El Salvador en 1959, Argentina en 1964<sup>53</sup>, Colombia en 1980, Perú en 1981, y así sucesivamente los demás países del continente. Pero indudablemente la CICC celebrada en Caracas-Venezuela en el año 1996, fue el instrumento jurídico que hizo catapultar a la figura penal del enriquecimiento ilícito de las simples iniciativas nacionales al ámbito internacional (aunque a nivel regional), pues instaba a los Estados partes que aún no lo habían tipificado como delito en su legislación a que adoptaran las medidas que sean necesarias para tal efecto. Luego por instancias de la ONU este delito alcanzó el grado de universalización al incluirse en la CNUCC celebrada en Mérida-México en el año 2003.

No cabe duda de que el incremento patrimonial injustificado de los funcionarios públicos es considerado actualmente como un hecho socialmente desvalorado, independientemente que se encuentre tipificado como un ilícito sancionado en sede administrativa, penal u otro ordenamiento jurídico. Es lamentable que en nuestros días sea normal que los ciudadanos de cualquier país se despierten con notas periodísticas como estas:

- Bolivia: *“El fiscal de la división de corrupción pública, Aldo Ortiz, presentó ayer la imputación contra el destituido director administrativo de la Universidad Pública del El Alto (UPEA), Gualberto Tiñini Calle, por cuatro delitos que están tipificados en el código penal, entre ellos, por enriquecimiento ilícito”*<sup>54</sup>.
- Argentina: *“Un juez argentino ha confirmado que investiga si hubo enriquecimiento ilícito por parte de la presidenta argentina, Cristina Fernández, y su esposo, el ex mandatario Néstor Kirchner, cuyo patrimonio creció el 158% el año pasado”*<sup>55</sup>.
- Brasil: *“La presidenta de Brasil, Dilma Rousseff, aceptó ayer la dimisión de su jefe de gabinete, Antonio Palocci, quien no resistió a tres semanas de polémica y acusaciones cruzadas por su súbito enriquecimiento en los últimos cuatro años”*<sup>56</sup>.
- Perú: *“La fiscalía de la nación informó que ha recibido en lo que va del año 74 casos por el delito de enriquecimiento ilícito, que involucran a 17 alcaldes y regidores, quienes aumentaron su patrimonio de forma ilegal en relación a sus ingresos”*<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *El delito de enriquecimiento ilícito*. Editorial Idemsa. Lima. Año 2001. pág. 204.

<sup>53</sup> Si bien Argentina incluyó el delito de enriquecimiento ilícito en su legislación penal en el año 1964, fue uno de los primeros países en Latinoamérica en presentar iniciativas legislativas en orden a su tipificación que se remontan a la década del treinta del siglo pasado. Al respecto, Vid: SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. págs. 23 y sigtes.

<sup>54</sup> Vid: *“Fiscal imputa a un director de la UPEA”*, Diario La Razón, Bolivia, 24 de agosto de 2012. [http://www.la-razon.com/ciudades/Fiscal-imputa-director-UPEA\\_0\\_1674432640.html](http://www.la-razon.com/ciudades/Fiscal-imputa-director-UPEA_0_1674432640.html).

<sup>55</sup> Vid: *“Un juez investiga si la presidenta argentina y su marido se han enriquecido ilegalmente”*, 14 de agosto de 2009. Radio Televisión Española (Rtve.es). <http://www.rtve.es/noticias/20090814/juez-investiga-presidenta-argentina-marido-han-enriquecido-ilegalmente/288980.shtml>

<sup>56</sup> Vid: *“Dilma Rousseff aceptó renuncia de su ministro más importante por enriquecimiento ilícito”*. 26noticias.com.ar. <http://www.26noticias.com.ar/dilma-rousseff-acepto-renuncia-de-su-ministro-mas-importante-por-enriquecimiento-ilicito-133556.html>.

<sup>57</sup> Vid: *“Denuncian por enriquecimiento ilícito a 32 funcionarios públicos”*, Diario Perú21.Pe, 24 de junio de 2012. <http://peru21.pe/2012/06/24/actualidad/ministerio-público-denuncio-32-funcionarios-enriquecimiento-ilicito-2030192>.

-Egipto: *“El expresidente egipcio, Hosni Mubarak y su esposa Suzanne han sido interrogados este jueves sobre sus bienes bajo sospecha de enriquecimiento ilícito. Los dos están acusados de aprovecharse de la influencia presidencial para acumular riquezas masivas no acordes con sus fuentes de recursos legalmente establecidas”*<sup>58</sup>.

-Paraguay: *“El ex presidente de Paraguay, Nicanor Duarte será investigado por supuesto enriquecimiento ilícito en base a documentos presentados por la Contraloría General de la República, anunció el juez penal de garantías Julián López. De acuerdo a los documentos de la contraloría, Duarte no pudo justificar en sus declaraciones juradas ingresos de millonarias sumas de dinero”*<sup>59</sup>.

-*“El ex presidente de Paraguay Luis González Macchi podría ser condenado a 10 años de prisión si el tribunal que lo juzga desde el 9 de noviembre por presunto enriquecimiento ilícito y declaración falsa lo encuentra culpable y acepta la pena pedida por la fiscalía. Según sostiene la acusación, el ex jefe de Estado no informó a los organismos de control, tras cesar su mandato en agosto de 2003, que tenía depositado 362.000 dólares en una cuenta corriente en Suiza”*<sup>60</sup>.

Esta es la realidad que nos presentan cada día los periódicos de todo el mundo en los que ya resulta muy normal leer noticias sobre la aparición de grandes fortunas inexplicables atribuidas a funcionarios de toda clase y rango, desde presidentes, congresistas, ministros, jueces, policías, hasta los que ostentan el cargo más bajo del orden jerárquico de la función pública. Por lo tanto, nadie reprocha que este hecho socialmente desvalorado sea prevenido y reprimido por los mecanismos de control social del Estado, el problema de siempre es cómo alcanzar ese fin sin vulnerar los derechos de los ciudadanos.

### 3.2. Su planteamiento en los países de la Unión Europea.

Los países del continente europeo no han criminalizado el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos como figura autónoma dentro del conjunto de delitos que persiguen los hechos de corrupción pública; sin embargo, puede observarse que muchos de estos países, e inclusive la política criminal de la Unión Europea, han utilizado al incremento excesivo e injustificado del patrimonio de una persona en varios ámbitos, especialmente, para hacer frente a los múltiples problemas de criminalidad que se derivan de la persecución de los hechos de terrorismo, crimen organizado, blanqueo de capitales, delitos contra la hacienda pública, y no hace poco, con relación a la recuperación de los productos y bienes obtenidos ilícitamente a través de actividades delictivas (comiso ampliado), puesto que en el ámbito procesal este hecho constituye un indicio de la comisión de delitos de los que pueden proceder estos rendimientos.

El Derecho penal francés ha criminalizado desde antiguo como elemento indiciario al injustificado incremento patrimonial de una persona, siempre que ésta mantenga relaciones habituales con otra que de forma cierta se conozca que se dedica a la comisión de hechos punibles. Así, desde 1960 el art. 334 del viejo código penal francés consideraba proxeneta al que “teniendo relaciones habituales con una o más personas dedicadas a la prostitución, no pudiera justificar los recursos correspondientes a su tren de vida”<sup>61</sup>. En la actualidad este precepto

<sup>58</sup> Vid: *“Mubarak y su esposa, interrogados bajo la acusación de enriquecimiento ilícito”*, 12 de mayo de 2011. Radio Televisión Española (Rtve.es). <http://www.rtve.es/noticias/20110512/mubarak-su-esposa-interrogados-su-fortuna-agentes-anticorrupcion-egipto/432146.html>.

<sup>59</sup> Vid: *“Ex presidente paraguayo investigado por supuesto enriquecimiento ilícito”*, El Nuevo Diario, 9 de diciembre de 2008. <http://www.elnuevodiario.com.ni/internacionales/34589>.

<sup>60</sup> Vid: *“Paraguay: piden 10 años de prisión para el ex presidente González Macchi, acusado de enriquecimiento ilícito”*, Diario Clarín, 28 de noviembre de 2006. <http://edant.clarin.com/diario/2006/11/28/um/m-01317955.htm>.

<sup>61</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno*. op. cit. pág. 786.



equivale al Art. 225-6-3 previsto en el Capítulo V (De los atentados contra la dignidad de la persona), Sección II “Del proxenetismo e infracciones afines” que expresa:

- “Se asimila al proxenetismo y será castigado con las penas previstas en el art. 225-5<sup>62</sup> el hecho, cometido por cualquiera en la forma que fuere de: 3) no poder justificar recursos correspondientes a su tren de vida mientras se vive con una persona que se dedica habitualmente a la prostitución o manteniendo relaciones habituales con una o varias personas dedicadas a la prostitución”.

Pero los ámbitos en los que este tipo de incriminaciones ha tenido mayor notoriedad han sido el tráfico ilícito de estupefacientes y la lucha contra el terrorismo. En cuanto al tráfico ilícito de estupefacientes, el legislador francés por Ley N° 96-392 de fecha 13 de mayo de 1996 ha introducido al código penal el art. 222-39-1 que expresa:

- “El hecho de no poder justificar los recursos correspondientes a su nivel de vida, al tiempo que se mantiene relaciones habituales con una o varias personas que se dedican a una de las actividades castigadas en la presente sección, o con varias personas entregadas al consumo de estupefacientes, será castigado con cinco años de prisión y multa de 75.000 euros. La pena de prisión será elevada a diez años cuando una o varias personas de las señaladas en el párrafo anterior sean menores”.

En cuanto a la criminalidad relativa al terrorismo, el legislador francés ha sancionado la Ley de fecha 9 de marzo de 2004 denominada “Perben II”, siendo luego modificada por la Ley N° 2006-64 de fecha 23 de enero de 2006, que introduce en el código penal un delito de amplio alcance previsto en el art. 321-6 asimilado en el contexto de los delitos de receptación, que se refiere a las ganancias atribuidas a cualquier delito grave<sup>63</sup>. Este precepto expresa:

- “El hecho de no poder justificar recursos que se correspondan con su nivel de vida, cometido por la persona que tenga autoridad sobre un menor que vive con ella y que comete habitualmente crímenes o delitos contra los bienes ajenos, será castigado con cinco años de prisión y multa de 75.000 euros. La multa podrá elevarse por encima de 75.000 euros hasta la mitad del valor de los bienes receptados”.

Puede apreciarse que en la legislación penal francesa se incrimina el excesivo incremento patrimonial injustificado de una persona que se presume realiza determinadas actividades delictivas, pero a diferencia del delito de enriquecimiento ilícito que sólo tipifica el mero incremento patrimonial injustificado, en los delitos recién analizados se requiere que la acusación aporte elementos que permitan concluir que el sujeto imputado mantiene relaciones habituales con personas dedicadas a la prostitución, el tráfico ilícito de estupefacientes o la comisión de delitos o crímenes contra los derechos ajenos, debiendo demostrar al menos mediante prueba indiciaria el nexo de ilicitud entre los bienes y una concreta actividad delictiva. En conclusión, para que estos delitos se reputen consumados deben concurrir tres circunstancias: 1) que el sujeto mantenga relaciones habituales con una o varias personas que se dedican a cometer los hechos delictivos señalados, 2) que el patrimonio del sujeto experimente un excesivo incremento, y 3) que no pueda justificar ese incremento patrimonial con los recursos económicos correspondientes a su tren de vida. Para evitar el castigo, el autor debe aportar justificaciones serias no bastando solo con los recursos derivados de su actividad

<sup>62</sup> “El proxenetismo será castigado con siete años de prisión y multa de 150.000 euros”.

<sup>63</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro. *Armonización-aproximación de las legislaciones en la unión europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de la recuperación de activos y enriquecimiento ilícito*, en: Arangüena Fanego, Coral (Directora): *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*. Editorial Nova. Valladolid. Año 2010. pág. 368.

profesional u otras fuentes lícitas, debiendo demostrar también que los recursos procedentes de esas actividades son acordes al tren de vida que lleva en la práctica.

Por otro lado, en Portugal, una de las propuestas legislativas que se ha presentado con el propósito de eludir las dificultades de castigo de los hechos de corrupción, y permitir la represión penal de tales conductas por otra vía, pasaría por la incriminación del enriquecimiento no explicado. De esta manera se ha sugerido la penalización del delito de enriquecimiento ilícito, teniendo por fuente inspiradora la disposición 20 de la CNUCC. Así, el proyecto de Ley denominado 374/X define el tipo penal de enriquecimiento ilícito de la siguiente manera:

- “1. El funcionario que durante el ejercicio de sus funciones públicas o dentro de los tres años siguientes al cese de sus funciones, adquiere un patrimonio o un modo de vida que sean manifiestamente desproporcionados a su rendimiento o que no resulten de otro medio de adquisición lícito, con peligro de que aquel patrimonio o modo de vida provenga de ventajas obtenidas por la práctica de crímenes cometidos en el ejercicio de sus funciones públicas, será castigado con la pena de prisión de hasta cinco años.

2. Para efectos del numeral anterior, se entiende por patrimonio todo activo patrimonial existente en el país o en el extranjero, incluido el patrimonio inmobiliario, cuotas, acciones o participaciones de capital en sociedades civiles o comerciales, o derechos sobre barcos, aeronaves o vehículos, carteras de títulos, cuentas bancarias a plazo, aplicaciones financieras equivalentes y derechos de créditos.

3. Para efectos del numeral 1º se entiende por modo de vida todo gasto, bienes de consumo o liberalidades realizados en el país como en el extranjero.

4. Para efectos del numeral 1º se entiende por rendimiento toda renta bruta consignada en la declaración presentada para la liquidación del impuesto sobre la renta de personas singulares”<sup>64</sup>.

Sin embargo, este proyecto no tuvo una buena recepción por parte del legislador portugués porque el tipo penal de referencia era incompatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico desde dos puntos de vista. En primer lugar, se pretendía incriminar una conducta denominada “enriquecimiento ilícito”, pero la ilicitud de tal enriquecimiento no era verdaderamente un elemento del tipo penal. En otras palabras, se quería incriminar el mero hecho de que un agente posea un patrimonio no coherente con sus rendimientos conocidos, presumiéndose la naturaleza ilícita del exceso patrimonial. En segundo lugar, no sería necesario que el Estado demuestre la naturaleza ilícita del enriquecimiento, es decir, su asociación con la comisión de crímenes, lo que valdría a invertir al ciudadano la carga de probar la licitud del incremento de su patrimonio<sup>65</sup>. Esta solución constituye una directa contradicción con los pilares más fuertes del Derecho penal y procesal, puesto que no era comprensible cual es el valor que se pretendía proteger con la criminalización del mero enriquecimiento no explicado. Además, presumir que el enriquecimiento no explicado es ilícito, vulnera la presunción de inocencia previsto en el art. 32.2 de la Constitución de Portugal<sup>66</sup>.

En España el delito de enriquecimiento ilícito tampoco ha sido tipificado en ninguno de sus códigos penales; sin embargo, el excesivo incremento patrimonial de una persona se utiliza como prueba indiciaria de la comisión de delitos contra la administración pública, blanqueo de

<sup>64</sup> CRUZ SANTOS, Claudia; BODINO, Claudio; THAÍS DE MELO, Débora. *A corrupção*. Editorial Coimbra. Año 2009. pág. 145. Cita N° 50.

<sup>65</sup> CRUZ SANTOS, Claudia; BODINO, Claudio; THAÍS DE MELO, Débora. *A corrupção*. op. cit. pág. 146.

<sup>66</sup> Art. 32.2. de la CN de Portugal: “Todo imputado es presuntamente inocente hasta que se haga firme la sentencia condenatoria, debiendo ser juzgado en el plazo más breve compatible con las garantías de defensa”.

capitales<sup>67</sup>, pero en forma especial del delito fiscal previsto en el art. 305 del CPE<sup>68</sup>. Uno de los verbos que describen la conducta típica de este delito es “defraudar”, y éste puede considerarse como el incumplimiento del deber de pagar tributos a los que se está obligado, bien de forma directa, bien cuando se omite u ocultan deliberadamente en la declaración datos relevantes, determinando con ella una cuota inferior en más de 120.000 euros anuales a la que procedería con los datos correctos. Una de las formas de probar un delito fiscal es a través de la determinación de la cuota defraudada sobre la base de la existencia de incrementos patrimoniales no justificados<sup>69</sup>, y para ello el intérprete debe remitirse a la legislación tributaria, específicamente al art.39 de la ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas<sup>70</sup> que establece: “Tendrán la consideración de ganancias de patrimonio no justificadas los bienes o derechos cuya tenencia, declaración o adquisición no se corresponda con la renta o patrimonio declarados por el contribuyente, así como la inclusión de deudas inexistentes en cualquier declaración por este impuesto o por el impuesto sobre el patrimonio, o su registro en los libros o registros oficiales. Las ganancias patrimoniales no justificadas se integrarán en la base liquidable general del periodo impositivo respecto del que se descubran, salvo que el contribuyente pruebe suficientemente que ha sido titular de los bienes o derechos correspondientes desde una fecha anterior a la del periodo de prescripción”.

En la STS 2486/2001 de fecha 21 de diciembre, el máximo tribunal español ha manifestado que el sistema de determinación de la base liquidable del impuesto tomando en consideración los incrementos no justificados de patrimonio constituye efectivamente una regla probatoria al establecer que existen incrementos patrimoniales no justificados cuando se da una desproporción entre la adquisición de bienes cuyo precio no se corresponda con la renta y el patrimonio declarado, y al respecto agrega: “es claro que quien ha adquirido bienes que según las rentas y el patrimonio declarados no hubiera podido comprar, ha tenido alguna fuente de ingresos oculto. Se apoya este criterio con el razonamiento de que en tales casos es indudable

<sup>67</sup> Como ejemplo de esta afirmación puede citarse la nota periodística “*El fiscal archiva las pesquisas sobre el patrimonio de Bono*”, publicada en el diario El País en fecha 20 de julio de 2010 en relación al Expresidente del congreso de los diputados de España José Bono, que expresa: “El PP denunció que Bono podría haber cometido delitos fiscales y contra la Administración. Agregaba que había mantenido relaciones presuntamente irregulares con promotores inmobiliarios y con patrocinadores de la Hípica Almenara, a los que se atribuyen actuaciones en beneficio de los negocios de Bono y que generan dudas sobre la licitud de su patrimonio”.

<sup>68</sup> Sostiene CALDERON CERESO que en la legislación española los incrementos no justificados de patrimonio constituyen presunción a efectos sólo tributarios, en el sentido de considerarlos rendimientos generados en el ejercicio en que afloran o se ponen de manifiesto, pero no sirven de prueba en el proceso penal para presumir otro tanto en cuanto al blanqueo por ser ello contrario a la presunción constitucional de inocencia (CALDERON CERESO, Ángel. *El marco jurídico del blanqueo de capitales: aspectos penales y administrativos*, en: *Blanqueo de capitales. Aspectos legales y realidad social: doctrina*. Editorial Datadiar. Año 2007 (Vid: apartado 2.4.). [http://www.datadiar.com/actual/novedades\\_05/penal/blanqueo/d\\_may\\_02c.htm](http://www.datadiar.com/actual/novedades_05/penal/blanqueo/d_may_02c.htm). Sobre este tema puede verse in extenso en: BACIGALUPO, Silvina. *Ganancias ilícitas y Derecho penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. Año 2002. págs. 48 y sigtes.

-Art. 305 del CPE: “El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía”.

<sup>69</sup> Vid: “*Tras la pista del dinero negro*”, El Mundo.es, de fecha 26 de abril de 2003. <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/04/14/economia/1365900896.html>. “La clave reside en la Declaración de la Renta. Este documento, por sí solo, no permite a Hacienda concluir que el contribuyente tenga “dinero negro”, pero le sirve de base para contrastar sus datos con otros registros que la Administración tiene del ciudadano –impuesto de matriculación, patrimonio, tributo de sucesiones, etc. Las alarmas se activan si se detectan diferencias o falta de concordancia en este cruce de datos. Las diferencias no siempre implican una conducta fraudulenta, porque todo se supedita a que el contribuyente pueda justificar esas discrepancias. El problema viene cuando no puede hacerlo, pues es indicio de un probable fraude”.

<sup>70</sup> Ley 35/2006, de fecha 28 de noviembre.

que no existe una presunción respecto de la suma calculada, sino una comprobación de la desproporción entre el valor del bien y la renta o patrimonio declarado o la ocultación de determinados bienes en la declaración del IEP”. Por otra parte, la sentencia sostiene que este criterio se apoya en una inducción que se ajusta plenamente a las exigencias de la prueba indiciaria propia del proceso penal, así el hecho base es la obtención por el acusado de una serie de ingresos o bienes; ha de probarse también que no tienen un origen cierto o justificado; si tales ingresos no han sido declarados por el acusado en su auto-liquidación, el hecho consecuencia es su elución; la finalidad defraudatoria tiene igualmente que demostrarse, pero lo puede ser mediante reglas inferenciales.

Señala al respecto CASTRO MORENO: “a menudo sucede que la administración tributaria comprueba la existencia de un patrimonio relevante que no se corresponde, por exceso, con la capacidad económica declarada por el sujeto, de cuya circunstancia puede fácilmente deducirse que el sujeto no ha comunicado a la hacienda pública todos los ingresos obtenidos. Se dice entonces que estamos en presencia de incrementos de patrimonio no justificados<sup>71</sup>. Por lo tanto, en el delito fiscal se considera que un incremento de patrimonio no justificado es defraudación, siempre y cuando la cuota tributaria impaga e indirectamente determinada por la administración supere el monto de 120.000 euros establecido en el art. 305.1 del CPE, y quien tiene la carga de probar la regularidad de su situación patrimonial es el sujeto pasivo de la obligación tributaria.

En el ámbito tributario se desplaza sobre el titular de los bienes la carga de la prueba acerca de la procedencia o el tiempo de su adquisición, es decir, si existe ausencia de prueba se presume que el incremento no está justificado y, además, que se ha originado en el periodo fiscal con respecto al cual se descubre. La razón de este desplazamiento radica en la dificultad de probar el origen de los bienes que han sido deliberadamente ocultados y en la consecuente impunidad de las defraudaciones fiscales<sup>72</sup>. Sin embargo, la doctrina advierte que hay que tener en cuenta en qué ordenamiento jurídico son aplicables estas presunciones, ya que si bien la previsión fiscal que permite imputar todas las rentas a un solo ejercicio fiscal puede ser factible en el terreno tributario, su traslación al ámbito criminal podría suponer una presunción contra reo inadmisibles en Derecho penal, que no debe asumir de modo automático el significado de conceptos provenientes de otras ramas del ordenamiento jurídico, sino valoradas a la luz de sus principios rectores<sup>73</sup>.

En la extensa jurisprudencia sobre la materia resulta interesante la STS 1493/1999 de fecha 21 de diciembre, en la que a parte de otros delitos, se ratificó la condena impuesta a Luis Roldan, ex director general de la Guardia Civil de España por la comisión del delito continuado de defraudación a la hacienda pública. Para el tribunal quedó probado que el acusado disfrutaba de un enorme patrimonio inmobiliario y mobiliario oculto, así como de unos inmensos ingresos obtenidos de una amplia pluralidad de fuentes, en parte lícitas, en parte indirectamente ilícitas

<sup>71</sup> CASTRO MORENO, Abraham. *Un problema de delito fiscal: los incrementos patrimoniales no justificados y de la obtención ilícita de rentas como posibles fuentes de delito*, en: García Valdés, Carlos; Cuerda Riezu, Antonio; Martínez Escamilla, Margarita; Alcácer Guirao, Rafael; Valle Mariscal de Gante, Margarita (Coordinadores): Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II. Editorial Edisofer. Madrid. Año 2008. pág. 1937.

<sup>72</sup> CALSAMIGLIA, Albert. *Cuestiones de lealtad*. op. cit. págs. 40 y 41.

<sup>73</sup> Sostiene CASTRO MORENO que una cosa es que efectivamente se pueda probar indirectamente la existencia de un renta oculta y no declarada por medio de la prueba de indicios válida en Derecho, y otra distinta es que se deba admitir también la presunción de que esa renta procede del periodo impositivo en el que es descubierto. Por lo tanto, si se puede acreditar que la obtención de tales rentas se ha generado en distintos periodos fiscales o de declaración, por ejemplo, porque la titularidad de los bienes se tiene desde ejercicios anteriores a aquél en el que aflora fiscalmente su existencia, habrá que imputarlas a los correspondientes ejercicios en los que se generó, debiendo tenerse siempre presente el principio in dubio pro reo, en aras del derecho a la presunción de inocencia (CASTRO MORENO, Abraham. *Un problema de delito fiscal: los incrementos patrimoniales no justificados y de la obtención ilícita de rentas como posibles fuentes de delito*. op. cit. págs. 1940 y 1941).

procedentes de la reinversión de ganancias ilícitas<sup>74</sup>. Aprecia el tribunal sentenciador que la declaración referida al año 1992 del acusado se consignó únicamente 168.946 pesetas como rendimiento del capital mobiliario; sin embargo, la inspección de hacienda comprobó unos ingresos a su patrimonio superiores a los 85 millones de pesetas. De forma similar ocurrió en la declaración de 1991 en la que lo declarado como rendimiento del capital mobiliario se limitó a 150.436 pesetas, mientras que lo efectivamente percibido alcanzaba los 43 millones de pesetas, a parte de constatarse en dicho periodo fiscal impositivo incrementos patrimoniales por valor de más de 600 millones de pesetas. Igualmente, en la declaración de 1990 el tribunal ha apreciado una diferencia superior a 16 millones de pesetas entre los rendimientos declarados del capital mobiliario y los efectivamente percibidos, al margen de los incrementos patrimoniales cercanos a los 400 millones de pesetas constatados en el periodo fiscal referido<sup>75</sup>.

Lo cierto es que el sistema tributario es en la actualidad un instrumento valioso para las políticas de lucha contra la criminalidad derivada de ciertos sectores de la sociedad, ya que con sus recursos probatorios basados en presunciones permite determinar la aparición de rentas sospechosas frecuentemente de procedencia ilícita cuando existe una clara desproporción entre una renta declarada y la riqueza efectivamente poseída, que evidentemente no se tiene interés alguno en declarar al fisco. En ese sentido, ACQUAROLI sostiene que la riqueza injustificada detectada en el curso de las comprobaciones realizadas por la Administración tributaria, que proviene con frecuencia de delitos de corrupción no esclarecidos, puede ser utilizada para imputar delitos de naturaleza fiscal que actúan como una suerte de norma de cierre, mediante el cual se castiga la sospecha del delito cometido anteriormente. De esta manera, el sistema fiscal estaría asumiendo un nuevo rol de instrumento general de investigación, puesto que resulta más funcional a los efectos de la reconstrucción de los movimientos de riquezas sospechosas<sup>76</sup>.

En Italia, el código penal preveía en el art.708 el delito de “posesión injustificada de dinero u otra cosa de origen sospechoso”<sup>77</sup> que castigaba a toda persona que fuera anteriormente condenada por delitos movidos por ánimo de lucro o contravenciones relacionadas con la prevención de delitos contra el patrimonio, y era sorprendida en posesión de dinero, valores u

<sup>74</sup> Vid: fundamento trigésimo quinto de la sentencia.

<sup>75</sup> En esta misma sentencia también fue confirmada la condena impuesta a Blanca Rodríguez Porto (esposa del Luis Roldan) por el delito de defraudación a la hacienda pública por haber omitido importantes incrementos de su patrimonio en su declaración de renta, elevándose el fraude fiscal a la suma de 70 millones de pesetas. Además se comprobó que esta persona era titular de varias cuentas en Suiza, que las utilizaba para el ingreso de las cantidades que provenían de las operaciones ilícitas de su esposo, de las que tenía pleno conocimiento (Vid, fundamento quincuagésimo tercero de la sentencia). La condenada recurrió esta sentencia al TEDH argumentando que si bien fue condenada por un delito de encubrimiento por las actividades ilegales de su esposo, el derecho a no contribuir en su propia acusación le exoneraría de la obligación de mencionar en su declaración de la renta las cantidades que provenía de los enriquecimientos ilícitos. Al respecto, el TEDH rechazó el recurso presentado fundamentado su decisión en que la demandante omitió señalar el crecimiento de su patrimonio en el marco de una declaración de renta que debía cumplimentar con anterioridad a la apertura del proceso penal en su contra. En consecuencia, los derechos a guardar silencio y a no confesarse culpable no están en juego en ese caso, no pudiendo considerarse la obligación de declarar sus ingresos una medida de naturaleza a obligar a ésta a contribuir en su propia acusación (Vid: Decisión del TEDH 2005/29, de fecha 22 de marzo).

<sup>76</sup> ACQUAROLI, Roberto. *La fiscalidad de los sobornos. ¿la imposición fiscal como instrumento alternativo al comiso?*, en: Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán (Coordinadores): *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo*. Editorial Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. Año 2006. Pág. 347.

<sup>77</sup> Para comprender el tipo definido en el art. 708 del CP Italiano, el intérprete debe primeramente remitirse al art. 707. Estos dos preceptos dicen lo siguiente: art. 707: “Quien, después de haber sido condenado por determinados delitos movidos por ánimo de lucro, o por contravenciones relacionadas con la prevención de los delitos contra el patrimonio (la mendicidad, o de ser amonestado o estar soportando una medida de seguridad personal o una caución de buena conducta), es descubierto en posesión de llaves, llaves alteradas o falsificadas o herramientas para abrir o forzar cerraduras, y de los cuales no puede justificar un destino actual de ellos, será castigado con prisión de seis meses a dos años”. Por su parte el art. 708 expresa: “Cualquier persona que, cumpliendo las condiciones personales indicadas en el artículo anterior, es sorprendido en posesión de dinero, valores u otras cosas que no se adaptan a su condición, y no justifica su origen, será castigado con prisión de tres meses a un año”.

otras cosas que no se adaptaban a su condición y no justificaba su origen, a la pena de prisión de tres meses a un año. Este artículo fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional italiana a través de la Sentencia N° 370 de fecha 17 de octubre de 1996, decisión que tuvo como fundamento que el precepto en cuestión tipificaba un delito de sospecha que carecía de una absoluta claridad de taxatividad y vulneraba los principios de igualdad, de inocencia y a no declarar contra uno mismo, puesto que impone a toda persona que haya cometido anteriormente un delito o contravención contra el patrimonio y que circunstancialmente posea dinero o valores que no se corresponden con su situación económica, la inversión de la carga de la prueba sobre el origen lícito de esos bienes, pues de lo contrario, se presume que han sido obtenidos por medio de la comisión de delitos contra el patrimonio. Por otra parte, argumenta la Corte Constitucional que el tipo infringe un castigo para aquellas personas que escapan a la investigación penal de los delitos contra la propiedad, utilizando así un tipo subsidiario que contiene una presunción *iuris tantum* que obliga al sujeto a realizar una declaración que resulte valedera sobre el origen de los bienes que posee a los efectos de librarse de la acusación que pesa sobre él. En base a estos argumentos el máximo organismo constitucional declaró este precepto contrario a los arts.3, 13, 24.2 y 25.2 de la Constitución italiana<sup>78</sup>.

El incremento patrimonial injustificado también ha sido utilizado en la lucha contra las ganancias ilícitamente obtenidas por las organizaciones criminales a través del “comiso ampliado”. En los últimos años se ha evidenciado que la configuración clásica del comiso ha planteado dificultades en su aplicación práctica, sobre todo de carácter probatorio. A través del comiso ampliado se ha buscado dar a esta consecuencia del delito una configuración más moderna para facilitar la prueba del origen delictivo de los bienes<sup>79</sup>. De esta manera, se invierte la carga de la prueba a toda persona condenada por determinados delitos<sup>80</sup>, cuyo patrimonio presente una excesiva desproporción con respecto a sus ingresos legales. Si no logra demostrar un origen lícito de los bienes que han incremento su patrimonio, se considera que éstos han sido obtenidos por los beneficios económicos derivados de las actividades delictivas cometidas por el sujeto condenado.

En el Reino Unido esta tendencia puede observarse con grandes matices en la Drug Trafficking Act de 1994, que en el art. 4. apartado 3, inc. a), numeral ii, concede a los tribunales penales en los casos de narcotráfico, la posibilidad de presumir que todo bien obtenido por el

<sup>78</sup> Con similares fundamentos la Corte Constitucional italiana mediante Sentencia N° 48 de fecha 17 de febrero de 1994 (Vid: *Giurisprudenza Costituzionale*. Anno XXXIX-1994. Facs.1.pags 271-293), ha declarado inconstitucional el art.12-quinquies, comma 2 de la Ley N° 356 de fecha 7 de agosto de 1992 (Possesso ingiustificato di beni di valore sproporzionato alla attività svolta o ai redditi dichiarati). Esta figura penal de sospecha, creada en el marco de la lucha contra la criminalidad mafiosa y organizada, castigaba a todo sujeto que por sí mismo o a través de otro, tuviese la titularidad o la disponibilidad de dinero o bienes desproporcionados con relación a sus propios ingresos o a los provenientes de su actividad económica, cuyo legítimo origen no fuese justificado. Al respecto, la Corte Constitucional sostuvo que la desproporción injustificada entre bienes e ingresos puede constituir un indicio de que tales bienes sean fruto de una ilícita actividad; sin embargo, una situación análoga no puede constituir el injusto de un precepto criminal ya que la legitimidad de una situación como ésta supone un insuperable obstáculo al principio de presunción de inocencia. Además, el alto tribunal ha señalado que de acuerdo al art.27, comma 2 de la Constitución, la condición de persona sometida a proceso penal asume una connotación amorfa debido al efecto que produce el derecho penal sustancial, pues no le está permitido al legislador utilizar sospechas o presunciones para describir la conducta que considere merecedora de sanción penal. La condición de imputado es meramente procesal, por lo que dada su naturaleza temporal y en virtud del principio de presunción de inocencia, es inidónea para señalar al sujeto activo el intrínseco disvalor que la norma postula. De esta manera, un delito fundado en la condición de imputado del sujeto comporta una anticipación del efecto que la Constitución reserva sólo para la sentencia irrevocable de condena.

<sup>79</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro. *Comiso ampliado y presunción de inocencia*, en: Puente Aba, Luz María (Directora): Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal. Editorial Comares. Granada. Año 2008. pág. 70.

<sup>80</sup> Blanqueo de capitales, trata de personas, inmigración ilegal, explotación sexual, pornografía infantil, tráfico de drogas y terrorismo.

acusado durante el periodo de seis años previos a la fecha de inicio del procedimiento penal se ha recibido como pago o remuneración relacionada con el tráfico de drogas. Esta disposición contiene una presunción legal *iuris tantum* ya que el apartado 4 del citado artículo permite al acusado rebatir esa sospecha si demuestra que es incorrecta o que su aplicación implicaría un riesgo grave de injusticia<sup>81</sup>. Este precepto de la Drug Trafficking Act fue objeto de recurso ante el TEDH en el asunto *Phillips vs el Reino Unido*, alegando el demandante (en este caso, el condenado cuyo patrimonio fue objeto de comiso) que la presunción legal aplicada por la corte de justicia que calculó e impuso el importe del comiso había vulnerado sus derechos a un juicio justo y a la presunción de inocencia previstos en el art. 6, apartados 1 y 2 del CEDH. El TEDH rechazó la demanda interpuesta alegando que la presunción legal controvertida no se había aplicado para declarar al demandante culpable de un delito, sino para que el juez nacional pudiese concretar el importe de la orden de comiso, y además, el demandante tuvo la posibilidad de rebatir la presunción prevista en la ley de 1994, bastando solo con demostrar que había obtenido los bienes en cuestión de forma distinta que a través del tráfico de drogas. En conclusión, la TEDH consideró que la disposición objeto de la demanda permaneció dentro de los límites razonables habida cuenta la gravedad de lo que estaba en juego y de que se respetó plenamente el derecho de defensa, convalidado de esta manera la presunción legal contenida en el procedimiento de comiso de la Drug Trafficking Act de 1994<sup>82</sup>.

Esta respuesta político criminal dirigida a asfixiar económicamente a las organizaciones criminales ha sido contemplada en varios instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (art.5.7), la Convención de Palermo del año 2000 (art.12.7) y la CNUCC (art.31.8). En el ámbito europeo destaca la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de fecha 24 de febrero de 2005, *relativa al decomiso de productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*<sup>83</sup>. El art.3 alude expresamente al comiso ampliado y obliga a los Estados miembros a proceder al comiso total o parcial de los bienes que pertenezcan a una persona condenada por delitos de terrorismo o cometidos en el marco de una organización delictiva. A los efectos de nuestro objeto de estudio, tiene especial importancia lo dispuesto en el apartado 2, inc. c) que impone a los Estados la adopción de medidas necesarias para que se proceda al comiso cuando se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada.

Expresamente menciona la Decisión Marco en el apartado décimo (10) de su considerando, que la finalidad de este documento es garantizar que todos los Estados miembros dispongan de normas efectivas que regulen el decomiso de los productos del delito, y en particular en relación con la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condena por una infracción relacionada con la delincuencia organizada. Esta clase de comiso no ha estado exenta de críticas porque podría estar en conflicto con principios constitucionales como el de presunción de inocencia al establecer una presunción legal del origen ilícito de los bienes a decomisar<sup>84</sup> que trae como consecuencia la flexibilización de las exigencias probatorias, pues se exige al condenado la prueba de lo contrario, es decir, que no existe tal desproporción. Es por eso que ante esta posibilidad –de que el comiso previsto en el art.3.2.c) de la Decisión Marco se encuentre en conflicto con principios constitucionales-, el

<sup>81</sup> El texto de esta ley se puede acceder en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/37/contents>.

<sup>82</sup> Para un resumen más exhaustivo a esta sentencia, Vid: BLANCO CORDERO, Isidoro. *Comiso ampliado y presunción de inocencia*. op. cit. págs. 82-86.

<sup>83</sup> Vid: Diario Oficial de la Unión Europea, 15.3.2005.L 68.

<sup>84</sup> En este sentido, AGUADO CORREA, Teresa. *Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. "Garantizar que el delito no resulte provechoso"*. RECPC 15-05. Año 2013. pág. 21.

propio documento en el apartado décimo primero (11) de su considerando permite a los Estados adecuar esta institución jurídica en base a sus principios fundamentales en materia de garantías procesales (en especial la presunción de inocencia), derecho de propiedad, libertad de asociación, libertad de prensa y libertad de expresión<sup>85</sup>.

De acuerdo al contenido del art. 3.2.c) vemos que la Decisión Marco ha establecido dos requisitos para la aplicación del comiso: a) la desproporción entre el valor de la propiedad y los ingresos legales de la persona condenada, y b) el pleno convencimiento del órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, de que los bienes a decomisar provienen de la actividad delictiva de la persona condena. Con este precepto se solucionan los problemas que surgen cuando no es posible establecer una relación de causalidad entre el incremento desproporcionado de patrimonio del sujeto y los hechos delictivos que son objeto del proceso penal, de ahí que se presuma dicha conexión y que éstos pertenecen a la organización criminal. Pero, como bien expresa la redacción de esta figura, la constatación de la desproporción patrimonial no posibilita por si sola la aplicación del comiso, sino que además es necesario que el órgano judicial nacional esté plenamente convencido de que los bienes provienen de las actividades criminales realizadas por el sujeto condenado<sup>86</sup>. Es evidente que este tipo de comiso invierte la carga de la prueba, aunque la Decisión Marco no lo exprese directamente, pues impone al condenado la obligación de demostrar el origen lícito de sus bienes para así desvirtuar la sospecha de ilicitud que pesa sobre su patrimonio, ya que de lo contrario se procederá a su confiscación, a pesar de que dichos bienes no guarden relación con el delito por el cual el sujeto ha sido condenado<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> La TEDH se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la compatibilidad del comiso ampliado con el derecho a la presunción de inocencia contenida en el art. 6, núm. 2 del CEDH. El motivo de los recursos ha sido que el comiso ampliado puede recaer sobre bienes que no proceden de la infracción delictiva concretamente enjuiciada, sino de otras eventualmente cometidas y de las cuales el juez está convencido. Sin embargo, el sujeto no ha sido acusado de tales infracciones penales, que tampoco han quedado probadas en el proceso penal y, pese a ello, se impone la consecuencia del comiso. El TEDH ha señalado en primer lugar, que el procedimiento para decretar el comiso no pretende la condena o la absolución del demandante por otro delito relacionado con el que ha sido condenado el sujeto, por consiguiente, no se puede decir que se ha formulado una acusación en materia penal. En ese sentido, a juicio de la TEDH el comiso, pese a su gravedad, no es una pena, sino una medida reparadora y preventiva. Que se haya impuesto en el marco del proceso penal no constituye un argumento suficiente para calificarlo de pena. Por otro lado, si bien el art. 6, núm. 2 de la CEDH regula los procedimientos penales en su conjunto y no solamente el examen del fundamento de la acusación, el derecho a la presunción de inocencia sólo despliega sus efectos en relación con el delito concreto del que se acusa al reo. Una vez probado debidamente que éste es culpable del delito en cuestión, ya no es de aplicación el art. 6, núm. 2 del CEDH, por lo que este precepto no es aplicable al procedimiento del comiso. Por último, en cuanto a la carga de la prueba, el TEDH ha manifestado que la carga de la prueba recae en la acusación y que cualquier duda será favorable al acusado. En consecuencia, corresponde a la acusación presentar pruebas suficientes para condenar a una persona. Sin embargo, existen algunas situaciones en las que el TEDH admite que la carga de la prueba no recaiga exclusivamente en la acusación, siendo una de ellas la imposición del comiso de los bienes de origen delictivo. En esta materia se puede invertir la carga de la prueba cuando se trata del comiso de los bienes que sean el producto del delito, algo que el propietario de los bienes debe rebatir, o sino se quiere llegar tan lejos, se puede reducir el nivel de la prueba a un cálculo de probabilidades, en lugar del criterio habitual en materia penal que exige una prueba de la culpabilidad fuera de toda duda razonable (Sobre lo expuesto, Vid; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Comiso ampliado y presunción de inocencia*. op. cit. págs. 73 y sigtes; El mismo, *Armonización-aproximación de las legislaciones en la unión europea en materia de lucha contra los productos del delito*. op. cit. págs. 358 y 359).

<sup>86</sup> Este criterio es compartido por GÓMEZ BERMUDEZ: “En el supuesto más extremo, si el patrimonio de una persona condenada es desproporcionado con respecto a sus ingresos legales, el órgano jurisdiccional podrá acordar su decomiso si llega a la convicción de que dicho patrimonio procede de la actividad delictiva del condenado” (GÓMEZ BERMUDEZ, Salvador Francisco Javier. *De lege ferenda*, en: GÓMEZ BERMUDEZ, Salvador Francisco Javier (Director): *Las últimas reformas penales II*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid. Año 2006. pág. 280).

<sup>87</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro. *Armonización-aproximación de las legislaciones en la unión europea en materia de lucha contra los productos del delito*. op. cit. pág. 356.



En la legislación española, el contenido básico del comiso se encuentra regulado en el art.127.1 del CPE que dice: “Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se hay preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente”. No obstante, esta institución ha sufrido importantes cambios en su configuración original en un periodo de tiempo no muy largo por las reformas hechas al CPE del año 2003 (LO 15/2003)<sup>88</sup> y del 2010 (LO 5/2010), debido -entre otras razones- al manifiesto fracaso de las medidas penales dirigidas a desactivar las elevadas tasas de enriquecimiento que son obtenidas por los autores y partícipes de actos de blanqueo y sus delitos subyacentes<sup>89</sup>.

Para alcanzar los objetivos establecidos en la Decisión Marco 2005/212/JAI el legislador ha introducido en el art.127.1 del CPE a través de la LO 5/2010 de fecha 22 de junio, el párrafo II que establece el denominado “comiso ampliado” que expresa: “El juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas”.

Puede observarse que el legislador español ha establecido en el nuevo párrafo II agregado al art. 127.1 una presunción legal para que se pueda considerar proveniente de actividades delictivas el patrimonio del condenado cuyo valor sea desproporcionado con respecto a sus ingresos legales, lo cual queda de manifiesto en la exposición de motivos de la LO 5/2010: “se ha completado la regulación existente del comiso encomendando a los jueces y tribunales acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal. Para facilitar la medida, se establece una presunción de procedencia de actividades delictivas cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal”<sup>90</sup>. Desde nuestro punto de vista, la decisión de circunscribir el alcance del comiso ampliado solamente a mitigar el problema de la delincuencia organizada ha sido insuficiente, en razón a que no da respuesta al impacto negativo de la ostentación escandalosa de riquezas injustificadas que tendrían origen en otras actividades criminales igualmente negativas para la sociedad. De esta manera, la presunción de procedencia de actividades delictivas dejaría afuera a los delincuentes “individuales o no organizados”, como sería el caso de un funcionario corrupto. Por lo tanto, la regulación en cuestión no daría solución a los casos de corrupción pública en los

<sup>88</sup> Esta reforma ha introducido las siguientes modificaciones a la figura del comiso: a) la ampliación de los objetos susceptibles de comiso mediante la adición de los “bienes” y los “medios” al concepto de instrumentos; b) la extensión de esta consecuencia a los objetos que hayan servido para preparar el delito o falta dolosos y a las ganancias provenientes de las faltas; c) la introducción del comiso de valor equivalente (art. 127.2); d) la previsión del comiso en situaciones de exención o extinción de la responsabilidad criminal, si se acredita la situación patrimonial ilícita (art. 127.3); y e) la modificación de las reglas sobre el destino de los bienes decomisados (art. 127.4).

<sup>89</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. *El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del código penal operada por la LO 5/2010)*, en: Abel Souto, Miguel; Sánchez Stewart, Nielson (Coordinadores): II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2011. pág.112.

<sup>90</sup> Vid: Apartado VIII de la exposición de motivos de la LO 5/2010 (BOE N° 152, de 23 de junio de 2010).

que es difícil imputar el incremento patrimonial de un funcionario a una actividad delictiva concretable en el tiempo en que desarrolla sus funciones públicas, y sin que tampoco sea fácil probar que el funcionario participa en una organización o grupo criminal<sup>91</sup>.

La primera reflexión que sugiere la figura prevista en el II párrafo del art.127.1, es que exige la imposición de una condena. Si bien tras la reforma operada por la LO 15/2003, el comiso puede ser impuesto aún cuando no se imponga pena alguna, esta posibilidad queda excluida respecto de comiso ampliado por cuanto éste exige que se atienda a la desproporción patrimonial de las personas condenadas por cualquier delito cometido en el seno de una organización criminal<sup>92</sup>. La segunda reflexión, que este precepto autoriza al juzgador a extender el comiso a los efectos, instrumentos o bienes que no se relacionan con el hecho delictivo por el cual el sujeto ha sido condenado (de ahí el nombre de “ampliado”)<sup>93</sup>, ya que si éstos tuvieran un nexo con el hecho enjuiciado, el comiso ampliado no tendría razón de ser, pues se debería aplicar directamente la regla general del comiso común previsto en el art.127.1 del citado cuerpo legal. Y la tercera reflexión conlleva a la existencia de unos bienes sobre los cuales el legislador español ha establecido una regla probatoria que indica al juez cuando puede inferir que éstos provienen o se atribuyen a actividades delictivas previas del sujeto como miembro de una organización criminal. Con esta técnica el legislador ha introducido una presunción legal que considera que los bienes que integran el patrimonio del condenado provienen de las actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, cuando el valor de los mismos sea desproporcionado con respecto a sus ingresos legales.

---

<sup>91</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil*. op. cit. pág. 5. Opina en el mismo sentido CASTILLO MONTERREY, Marcelo. *El comiso como instrumento para la recuperación de activos producto de la corrupción: su desaprovechada reforma mediante la ley orgánica 5/2010*, en: Zúñiga Rodríguez, Laura; Gorjón Barranco, María Concepción; Fernández García, Julio (Coordinadores): *La reforma penal de 2010*. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2011. pág. 113 “Concretamente en la regulación del comiso, el legislador español ha ignorado por completo, ya no solo la escandalosa realidad, sino además, la actual política criminal internacional imperante en materia de corrupción. En este sentido, es muy cuestionable que no se haya previsto el comiso ampliado además de los casos referidos, también de forma específica para los delitos englobables dentro de la corrupción, relacionadas o no con la delincuencia organizada”.

<sup>92</sup> VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *El comiso ampliado: consideraciones constitucionales*, en: Carbonell Mateu, Juan Carlos; González Cussac, José Luis; Orts Berenguer, Enrique (Directores): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*. Tomo II. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2006. pág.1991, cita Nº 8. En ese sentido, GALLEGU SOLER, José Ignacio. *Artículo 127*, en: Corcoy Bidasolo, Mirentxu; Mir Puig, Santiago (Directores): *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2011. pág. 300 “Bastará con constatar en una sentencia condenatoria la existencia de pertenencia a una organización o grupo criminal o terrorista y tenencia de bienes cuyo origen lícito no se puede demostrar, sin que haya que acreditar la relación entre los bienes concretos y delitos concretos”.

<sup>93</sup> El informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de reforma del CPE (posteriormente LO 5/2010), comenta con respecto al comiso ampliado que el objeto de este tipo de comiso son los efectos, bienes, instrumentos o ganancias procedentes de una actividad delictiva distinta, es decir, previa de la que motiva la ampliación del comiso, ya que, de no ser así, el precepto no hablaría de “ampliar”, sino, simplemente, de decomisar todos los beneficios económicos que en la propia sentencia se consideren procedentes de esa concreta actividad delictiva objeto de enjuiciamiento. Esto se debe a que en el ámbito de la criminalidad organizada solo suele conseguirse probar la intervención de sus integrantes en algún concreto delito y su pertenencia continuada a la organización, pero es poco frecuente que se posible probar sus concretas intervenciones en otros delitos anteriores (DIEGO DÍAZ, María del Rosario; MATELLANEZ RODRÍGUEZ, Nuria; FABÍAN CAPARRÓS, Eduardo. *Anteproyecto de ley orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del código penal. Acompañado de los informes del consejo general del poder judicial y del consejo fiscal*. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2009. pág. 69. En ese sentido, GASCÓN INCHAUSTI sostiene que el precepto no exige que la actividad delictiva de la que proceden los bienes sea la misma que el hecho objeto del proceso penal, sino que basta que tanto el delito enjuiciado como la actividad delictiva de la que proceden los bienes decomisados, se inserten en el marco de actuación de una organización o grupo criminal, o de terrorismo (GASCÓN INCHAUSTI, Fernando; VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa. *Otras repercusiones de la LO 5/2010 en el ámbito del proceso penal*, en: GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (Coordinador): *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del código penal*. Editorial Aranzadi-Thompson-Reuters. Pamplona. Año 2010. pág. 348.

Con esta fórmula –afirma QUINTERO OLIVARES–, se desvinculan los actos concretos del sujeto titular del bien en relación con el origen del bien mismo, de modo tal que es la suma de las ideas de pertenencia a la organización y tenencia de bienes lo que es suficiente para poder vincular esos bienes a las actividades delictivas de la organización, sin necesidad de tener que probar la efectiva participación, en sentido técnico-penal, del poseedor del bien en un acto delictivo concreto<sup>94</sup>.

La doctrina es coincidente en afirmar que la presunción contenida en el precepto en estudio es *iuris tantum*, en atención a que el legislador ha querido evitar caer en una infracción de las garantías constitucionales<sup>95</sup>, en consecuencia, se invierte la carga de la prueba debiendo el condenado explicar con ingresos legales su situación patrimonial, lo cual constituye una regulación controvertida desde el punto de vista garantista. Este criterio corre el peligro de aumentar extremadamente el alcance del comiso creando situaciones de injusticia, porque permitiría la privación de todos los bienes que el penado tenga, no sólo los procedentes del delito, sino también todos aquellos cuya posesión (que no tuvieren ningún tipo de relación con el hecho juzgado ni con cualquier otra actividad delictiva conexas o similares) resulte desproporcional a los ingresos legales con que cuente el sujeto. Es decir, el factor que ordena el comiso de un bien es su desproporcionado valor con respecto a la capacidad económica del sujeto, y no el hecho de que haya sido catalogado por el juzgador como efecto, instrumento o ganancia derivada del delito enjuiciado. Al respecto, la doctrina menciona que el legislador ha tenido que introducir un criterio limitador de índole cuantitativa para no llegar al extremo de extender la potestad del comiso a la absoluta totalidad de los bienes que tiene una persona, siendo éste la desproporción del valor de los bienes con respecto a la capacidad económica que le ofrece al sujeto sus ingresos legales<sup>96</sup>. No obstante, ello no soluciona los casos de aquellos sujetos condenados que no tuviesen ningún tipo de ingresos, que al no tener una fuente lícita para justificar el origen de sus bienes, podría teóricamente extenderse el comiso a todo su patrimonio. Así también, cuando el patrimonio es fruto de actividades propias de la economía sumergida que al tener esta característica tampoco podrían ser justificadas; sin embargo, estos bienes deberían ser excluidos del comiso pues por más que no sean permitidas por el ordenamiento jurídico (ilegales) no presentan indicios suficientes para atribuirles un origen delictivo<sup>97</sup>.

El recurso a la incriminación de un *estado patrimonial injustificado* como indicio cualificado para inferir actividades delictivas que el Estado no puede judicialmente acreditar, no es nuevo en el panorama legislativo dado que en Latinoamérica se ha utilizado este hecho como

<sup>94</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil*. op. cit. ídem. pág.

<sup>95</sup> HAVA GARCÍA, Esther. *Comiso (art. 127 y disposición final sexta)*, en: Álvarez García, Francisco Javier; González Cussac, José Luis (Directores): *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2010. pág. 161; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *El comiso ampliado: consideraciones constitucionales*. op. cit. pág. 1996. Al respecto, GASCÓN INCHAUSTI y VILLAMARÍN LÓPEZ sostienen que el precepto no establece una presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*, y es cierto que nada se dice en la norma acerca de la admisibilidad de la prueba en contrario, sino que ésta se sirve de un lacónico «se entenderá»; pero ante la indefinición del texto legal resulta lógico decantarse por la interpretación más favorable al acusado y ésta es la de entender que la presunción es ordinaria y *iuris tantum* (GASCÓN INCHAUSTI, Fernando; VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa. *Otras repercusiones de la LO 5/2010 en el ámbito del proceso penal*. op. cit. pág. 357). Así también, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *De las consecuencias accesorias*, en: Córdoba Roda, Juan; García Arán, Mercedes (Directores): *Comentarios al código penal. Parte general*. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2011. pág. 966.

<sup>96</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La reforma del comiso, art. 127*, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director): *La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Editorial Aranzadi- Thompson-Reuters. Navarra. Año 2010. pág. 108.

<sup>97</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. *El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del código penal operada por la LO 5/2010)*. op. cit. pág. 123.

injusto del delito de enriquecimiento ilícito, el cual no ha estado exento de críticas por su cuestionada constitucionalidad. En la actualidad este mismo problema afecta a la aplicación del comiso en España, extremo que se destaca en la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/10 de fecha 30 de diciembre<sup>98</sup>: “*Las dificultades probatorias acerca de la vinculación con la actividad criminal de los bienes y efectos pertenecientes a quienes son condenados por actividades delictivas cometidas en el seno de organizaciones criminales preocupa desde hace décadas a la Comunidad Internacional, conscientes de que ello puede constituir un serio obstáculo para la incautación de los efectos y las ganancias derivadas del hecho criminal y en definitiva para el estrangulamiento de las actividades de dichas organizaciones*”. En consecuencia, y como ya se ha manifestado, el legislador español ha tenido la necesidad solucionar estos problemas mediante el establecimiento de una presunción (que los bienes del autor o partícipe provienen de las actividades delictivas realizadas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista que no son objeto de enjuiciamiento) que se sustenta en dos indicios, la *desproporción del patrimonio del condenado con relación a sus ingresos legales y la no justificación de la misma por el sujeto*, que, como no podría ser de otra manera, ha generado en la doctrina muchos reparos de índole constitucional por las dificultades que conlleva conciliar la presunción contenida en el comiso ampliado con las garantías fundamentales previstas en la CE<sup>99</sup>.

En la literatura sobre el tema, muchos autores sostienen -siguiendo la postura del TEDH- que no se encuentra vulnerado el principio de presunción de inocencia porque éste despliega sus efectos en el proceso penal de manera intangible sobre la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado, mientras que el comiso, al no ser considerada una pena sino una consecuencia accesoria, se adopta una vez destruida aquella mediante un pronunciamiento penal<sup>100</sup>. Sin embargo, este planteamiento no puede ser aceptado desde que la presunción de inocencia es un principio básico que limita la acción del *ius puniendi* del Estado, y por ende este principio alcanza a la aplicación del comiso en razón a que esta figura, aunque se la considere una consecuencia accesoria, no deja de ser una medida sancionadora que afecta los derechos de los ciudadanos (derecho a la propiedad), por lo que debe estar sujeta a las garantías penales propias del Estado Social y Democrático de Derecho<sup>101</sup>. En concreto, el comiso dispuesto en el art.127.1 párrafo II del CPE invierte la carga de la prueba en perjuicio del condenado vulnerando el principio de presunción de inocencia en su carácter de *regla de juicio* que predica que la acusación es quien tiene la obligación o carga procesal de probar no sólo elementos objetivos y subjetivos de los hechos punibles objeto de la pretensión pública, sino también los presupuestos de cualquier otra intervención estatal.

Como consecuencia de lo anterior, puede decirse que la modalidad de comiso en estudio no se ajusta a los cánones del debido proceso al infringir el principio de igualdad de armas procesal, puesto que favorece la tarea del Ministerio Fiscal durante la tramitación del proceso penal, especialmente en el momento en que se estudia la aplicación del comiso, ya que le excusa

<sup>98</sup> “Sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal”.

<sup>99</sup> En ese sentido, Vid: RUEDA GARCÍA, Luis. *La reforma del comiso y su adaptación al Derecho europeo*, en: Álvarez García, Javier (Director): *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la unión europea*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2009. pág. 228.

<sup>100</sup> ZARAGOZA AGUADO, Javier-Alberto. *La nueva regulación del comiso de bienes en el código penal y en el derecho comparado*, en: GÓMEZ BERMUDEZ, Salvador Francisco Javier (Director): *Las últimas reformas penales II*. op. cit. pág. 56.

<sup>101</sup> Al respecto, FERNÁNDEZ TERUELO manifiesta que los aparentes excesos que derivan del comiso ampliado se reconducen y justifican atribuyendo al comiso una naturaleza jurídica distinta de la de la pena, calificándolo como consecuencia accesoria, quedando de ese modo desvinculada de los principios propios de esa institución. Según su opinión, la calificación del comiso como consecuencia accesoria constituye, al menos de modo parcial, un fraude de etiquetas (FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. *El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del código penal operada por la LO 5/2010)*. op. cit. pág.121.

de probar la vinculación directa de los bienes del condenado con el delito juzgado, debiendo solamente acreditar un hecho que siempre se presenta fácil en la realidad: una excesiva situación patrimonial injustificada. En cambio, el condenado es quien tiene la carga procesal de enervar dicha presunción justificando con una plausible y convincente actividad probatoria el origen lícito de su patrimonio, o al menos que no procede de actividades criminales llevadas a cabo en el marco de una organización, grupo criminal o terrorista, o derivadas de la realización de un delito de terrorismo<sup>102</sup>. En otras palabras, una vez que la acusación acredite el indicio previsto por el legislador, la falta de acreditación de lo contrario por el condenado será motivo suficiente para que se proceda a la privación total o parcial de sus bienes. Además, esta figura no estaría conforme al principio de proporcionalidad en atención a que la falta de prueba en contrario por parte del condenado extendería el comiso a bienes que se presumen son efectos, instrumentos o ganancias de actividades delictivas que no tienen nexo o relación directa con los hechos enjuiciados. Al respecto, bien dice QUINTERO OLIVARES que la idea central del comiso es que los instrumentos de ejecución y los bienes obtenidos de un delito deben ser incautados a los responsable criminales de esos actos; pero sólo esos bienes y no otros más, pues en tal caso el comiso sería excesivo y violaría el límite ordenado por el código penal, que se resume en la idea de que el comiso nunca puede ser desproporcionado<sup>103</sup>.

De acuerdo al objeto de estudio de esta tesis, se observa que el legislador español se ha resistido a seguir la tendencia latinoamericana de tipificar el delito de enriquecimiento ilícito, pero con la intención de escapar del rigor de los principios penales y alcanzar consecuencias parecidas (perseguir, privar y recuperar de activos ilícitos) ha optado por otras alternativas como la introducción del comiso ampliado. Estas dos figuras tienen aspectos coincidentes al sustentarse en el principio general del Derecho de que *no es lícito enriquecerse en perjuicio de otro*<sup>104</sup>, ya que parten de la idea de un enriquecimiento patrimonial injustificado que deriva de una presunta conducta antijurídica (relativa al ejercicio incorrecto de las funciones públicas en la primera, y de cualquier actividad delictiva enmarcada en una organización criminal en la segunda) que causa la lesión de los derechos y el empobrecimiento de otros (tanto de los ciudadanos como del Estado), y por tanto, ese estado patrimonial no puede considerarse justo por el ordenamiento jurídico<sup>105</sup>. De esta manera, ambas figuras coinciden, al menos en su esencia, en la intención de evitar un lucro injusto. En este sentido, uno de los fundamentos del comiso es impedir el surgimiento de situaciones patrimoniales ilícitas<sup>106</sup> y con ella se pretende

<sup>102</sup> ESCRIBIELLA CHUMILLA, Francisco Javier. *Las consecuencias accesorias*. Libro: Todo Penal. Edición N° 1. Editorial La Ley. Madrid. Año 2011; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando; VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa. *Otras repercusiones de la LO 5/2010 en el ámbito del proceso penal*. op. cit. pág. 352. “La construcción por el legislador de presunciones legales puede suponer un avance para superar las dificultades que plantea la prueba directa del origen ilícito de los bienes. En efecto, cuando existe una presunción legal la parte que promueve el decomiso se puede limitar a probar los indicios para lograr que el tribunal fije como cierta la procedencia ilícita de los bienes en cuestión; como reflejo de ello, en la parte contraria nacerá la carga de la prueba en contrario (dando por descontado que se ha de tratar, en todo caso, de presunciones iuris tantum).

<sup>103</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la recepción civil*. op. cit. pág. 4.

<sup>104</sup> Al respecto, Vid: apartado 4.4. del presente capítulo.

<sup>105</sup> En ese sentido, Vid: VIZUELTA FERNÁNDEZ, Jorge. *El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes*. RP N° 19. Año 2007. pág. 167; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*. Colección de Estudios Penales N° 1. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2001. pág. 40 “la pérdida de la ganancia, o comiso de ventajas patrimoniales, responde a la finalidad político criminal de corregir situaciones patrimoniales ilícitas, sobre la base del principio general de que nadie debe enriquecerse mediante hechos antijurídicos”.

<sup>106</sup> CALDERÓN CEREZO, A.; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1999. pág. 523; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. 7ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2007. pág. 607. Al respecto, MANZANAREZ SAMANIEGO sostiene que el comiso del provecho económico se entiende, en palabras de Maurach, como medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial (MANZANAREZ SAMANIEGO, José Luis. *La pena de comiso*. Revista de Estudios Penitenciarios N° 216-219. Año 1977. pág. 39. Para MAPELLI

incidir sobre los medios financieros de las organizaciones criminales, anulando en la medida de lo posible, las ganancias que puedan obtener de sus actividades ilegales. Así, se intenta restaurar la situación económica existente antes de la comisión del delito, enviándose a la vez un mensaje a los delincuentes de que el delito no es rentable<sup>107</sup>. No obstante, es manifiesto que el legislador ha determinado la figura del comiso ampliado con un esquema que infringe garantías esenciales de orden penal, puesto que con ella se decomisan bienes cuya procedencia delictiva no se prueba, sino que simplemente se presumen, invirtiendo la carga de la prueba en perjuicio del condenado. De esta manera, puede decirse que en la previsión del comiso ampliado ha primado por sobre todo, intereses político criminales basados en la obtención de eficacia a cualquier precio, bajo la justificación de que el comiso no es una pena, sino una consecuencia accesoria.

Con la implementación del comiso ampliado a través de la reforma realizada al CPE por la LO 5/2010, pareciese que la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito resulta inviable en la legislación penal española; sin embargo, los sucesivos planes de acción elaborados por la Unión Europea y el actual gobierno de España podrían deparar un futuro distinto.

En primer lugar, la Comisión Europea, mediante el documento “Productos de la delincuencia organizada: garantizar que el delito no resulte provechoso” de fecha 20 de noviembre de 2008<sup>108</sup>, ha planteado para el debate la idea de crear un nuevo delito denominado *posesión de bienes injustificados* para perseguir los productos del delito en aquellos casos en los que su valor resulte desproporcionado en relación con los ingresos declarados por su propietario y éste tenga contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas. Se trataría de una figura delictiva en la que no se invertiría totalmente la carga de la prueba, y que sería muy próxima, aunque no coincidente, a lo que en otros países denominan enriquecimiento ilícito. La propia Comisión destaca que esta figura ha sido tipificada en Francia con anterioridad y ha generado resultados muy eficaces<sup>109</sup>. Al respecto sostiene BLANCO CORDERO que esta propuesta se ha creado a partir del modelo previsto en el art. 321-6 del código penal francés, el cual requiere una serie de elementos que deben ser probados por la acusación, y que a su vez, son utilizados por la jurisprudencia española para condenar por el delito de blanqueo de capitales y por otros países que recurren a la prueba indiciaria, los cuales son: a) que el sujeto disponga de bienes que no se correspondan con su nivel de vida, b) que no pueda justificar el origen de esos bienes, y c) que mantenga relaciones habituales con una o más personas que se dedican a la comisión de delitos<sup>110</sup>.

En segundo lugar, en la comparecencia del Presidente del Gobierno de España, Mariano Rajoy, el día 1 de agosto de 2013 en el pleno del Congreso de los Diputados, ha manifestado a los grupos parlamentarios que dentro del Plan Nacional de Regeneración Democrática, una de

---

CAFFARENA, cuando se trata de decomisar las ganancias se evita un enriquecimiento injusto procedente del delito (MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias accesorias en el nuevo código penal*. RP N° 1. Año 1997. pág. 50).

<sup>107</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro. *Comiso ampliado y presunción de inocencia*. op. cit. pág. 101. Así mismo, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Productos de la delincuencia organizada: garantizar que el delito no resulte provechoso, de 20 de noviembre de 2008 (COM (2008) 766 final, págs. 3 y 4), manifiesta: “El decomiso y la recuperación de bienes de origen delictivo constituyen herramientas muy eficaces de lucha contra la delincuencia organizada, que se mueve esencialmente por el afán de lucro. El decomiso impide, en efecto, que estos fondos puedan utilizarse para financiar otras actividades ilícitas, minar la confianza en los sistemas financieros y corromper la sociedad legítima. Al incidir en el principio de que «el delito no resulte provechoso», ejerce un efecto disuasorio que puede contribuir a reducir la influencia de modelos negativos en las comunidades locales”.

<sup>108</sup> El texto de este documento se podrá encontrar en la siguiente dirección web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0766:ES:NOT>.

<sup>109</sup> COM (2008) 766 final, pág. 7, cita N° 15.

<sup>110</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro. *Armonización-aproximación de las legislaciones en la unión europea en materia de lucha contra los productos del delito*. op. cit. pág. 369.

las propuestas que pretendía impulsar el Gobierno para reforzar el control preventivo de la corrupción consistía en la reforma del CPE para incluir, entre otras figuras penales, el delito de enriquecimiento injustificado de los cargos públicos electos<sup>111</sup>. Sin embargo, en el momento de escribir estas líneas, el Consejo de Ministros ha aprobado y remitido a las Cortes Generales en fecha 20 de septiembre de 2013 un Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del CPE que no contempla la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito (en el que, entre otras disposiciones, vuelve a modificar la regulación jurídica del comiso<sup>112</sup>), lo cual no obsta a que en el debate parlamentario a este proyecto de Ley o en futuras propuestas de reforma a la legislación penal, el actual Gobierno en funciones u otro distinto, decida tipificar el citado delito. En ese sentido, cabe resaltar la proposición de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal presentada por el Grupo Parlamentario Socialista de fecha 2 de septiembre de 2013, en la cual se propone incluir el art. 444 bis que incorpora el nuevo tipo delictivo denominado “enriquecimiento injustificado de autoridades y funcionarios públicos”, cuya redacción es la siguiente: *“La autoridad o funcionario público que, sin razón jurídica que lo sustente, experimente un incremento de sus bienes o patrimonio durante el ejercicio de su cargo o responsabilidad y no pueda acreditar su procedencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año y multa del tanto al triplo del valor dicho incremento. Si se acreditara que del mismo resultara un perjuicio para la administración pública o para un tercero, se impondrán las penas superiores en grado, e inhabilitación para empleo o cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio pasivo de cuatro a diez años”*<sup>113 114</sup>.

<sup>111</sup> El texto íntegro del discurso puede leerse en:

<http://www.lamoncloa.gob.es/presidente/intervenciones/sesionesparlamento/2013/prsp20130801.htm>.

<sup>112</sup> De aprobarse este texto se extenderá el comiso a otros supuestos en los que es frecuente que se produzca una actividad delictiva sostenida en el tiempo de la que pueden derivar importantes beneficios económicos, siendo éstos: a) delitos de trata de seres humanos, b) delitos relativos a la prostitución, explotación sexual, corrupción de menores, abusos y agresiones sexuales a menores de quince años, c) delitos informáticos, d) delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, e) delitos contra la propiedad intelectual, f) delitos de corrupción en los negocios, g) delitos de receptación, h) delitos de blanqueo, i) delitos contra los derechos de los trabajadores, j) delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, k) delitos contra la salud pública, l) delitos de falsificación de moneda, m) delitos de cohecho, n) delitos de malversación, o) delitos de terrorismo, p) delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. Además, se pretende modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los efectos de introducir la previsión de un proceso autónomo de comiso que servirá de causa a las pretensiones de comiso de bienes o efectos del Ministerio Fiscal en los supuestos de comiso sin condena, así como en aquéllos otros supuestos en los que ello facilite un desarrollo más rápido y ágil del proceso penal o resulte oportuno para facilitar el comiso de bienes y efectos procedentes de actividades delictivas que por cualquier razón no hubiera podido solicitarse con anterioridad. Como comentario a esta última medida, existen varios países que ya han implantado este sistema, por ejemplo Colombia (Ley 793/2002 “De extinción de dominio”), en el que la acción de comiso es de carácter autónomo. En este sentido, BLANCO CORDERO menciona que hoy día parece más acertado remitir las cuestiones relativas a la imposición del comiso a un procedimiento separado, ya sea de carácter accesorio o independiente del proceso principal. Este procedimiento permitiría imponer el comiso una vez constatada una situación patrimonial ilícita como consecuencia de una infracción penal, con independencia de que se haya producido la condena de una persona. De esta manera, se evitaría también las difíciles cuestiones relacionadas con la investigación del patrimonio criminal o relativas a la propiedad de los bienes que obstaculicen y ralenticen el proceso principal dirigido a la determinación de las responsabilidades penales (BLANCO CORDERO, Isidoro. *Comiso ampliado y presunción de inocencia*. op. cit. pág. 105).

<sup>113</sup> El texto íntegro puede encontrarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, sección “iniciativas”. <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=11&DOCODER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-B-133-1.CODI.%29#%28P%C3%A1gina1%29>.

<sup>114</sup> Otros grupos parlamentarios como Unión, Progreso y Democracia (UPyD) han apoyado esta propuesta. La titular de esta agrupación política, Rosa Díez, ha estimado necesario incorporar a la legislación penal española el delito de enriquecimiento ilícito o injusto de los cargos públicos electivos remarcando que, dado que los representados han de declarar su patrimonio al acceder y dejar sus cargos, habría que poder seguir cualquier enriquecimiento desproporcionado o injustificado (Vid: “UPyD pide incluir en el Código Penal los delitos de financiación ilegal de partidos y enriquecimiento ilícito de cargos”, en: Agencia privada de noticias Europa Press, 23 de enero de 2013). [www.europapress.es/nacional/noticia-upyd-pide-incluir-codigo-penal-delitos-financiacion-ilegal-partidos-enriquecimiento-ilicito-cargos-20130123122752.html](http://www.europapress.es/nacional/noticia-upyd-pide-incluir-codigo-penal-delitos-financiacion-ilegal-partidos-enriquecimiento-ilicito-cargos-20130123122752.html).

#### 4. FUNDAMENTOS QUE HAN IMPULSADO LA PROHIBICIÓN DE LOS ENRIQUECIMIENTOS PATRIMONIALES INJUSTIFICADOS.

Como punto de partida diremos que todo enriquecimiento ilícito de un funcionario público crea situaciones de injusticia que ameritan que el ordenamiento jurídico responda ante tales hechos. Antes de entrar a analizar las razones políticas criminales que han motivado al legislador a tipificar el delito de enriquecimiento ilícito y los criterios en que se ha basado para configurar su estructura jurídica, es menester determinar de forma previa cuales son las características que tienen los enriquecimientos que se consideran injustos y que obligan a crear instrumentos jurídicos que prohíben esas situaciones patrimoniales indeseables.

Esta decisión se justifica por el hecho de que toda interdicción de enriquecimientos debe hacerse excepcionalmente y bajo ciertos requisitos, en razón a que el propio sistema jurídico, económico y cultural regulado en las constituciones modernas no sólo permite los enriquecimientos patrimoniales, sino también los alientan y los comparten como uno de los ideales vitales<sup>115</sup> al garantizar a todo ciudadano la obtención de bienes económicos por medio de una actividad económica lícita de su preferencia en igualdad de oportunidades con los otros miembros de la sociedad<sup>116</sup>. De esta manera, el legislador sólo estaría legitimado a prohibir los enriquecimientos patrimoniales que atenten los ideales constitucionales, y para ello debe valorar jurídicamente la licitud de los medios y procesos a través de los cuales una persona obtiene un incremento de riqueza, y además, si en dichos procesos no se han producido situaciones de desigualdad material que afecten a otros ciudadanos.

##### 4.1. Consideración de “principio” a la prohibición de enriquecimientos injustos.

El fundamento de la prohibición de los incrementos patrimoniales injustos tiene su origen en el Derecho romano, en una regla atribuida a Pomponio que dice “es justo por derecho natural que nadie se enriquezca con perjuicio y lesión de otro” (*jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiore*), que se encuentra incluida en el Digesto como un principio de justicia que valora éticamente las transacciones económicas en la vida jurídica de las personas<sup>117</sup>. Este dogma fue recogido por los diversos sistemas jurídicos de raíz romana (incluso recalando en América a través de las Leyes de las Siete Partidas<sup>118</sup>), llegando a convertirse por obra de la doctrina y la jurisprudencia en una de las instituciones fundamentales del Derecho civil: “la teoría del enriquecimiento injusto o sin causa”.

Este principio o regla básicamente viene a decirnos que toda persona que haya recibido por prestación de otra, un bien o una ventaja económica sin una causa jurídica (es decir, cuando dicho desplazamiento patrimonial no haya sido realizado por un acto jurídico válido autorizado por el ordenamiento legal) se enriquece injustamente. En consecuencia, el Derecho concede al empobrecido una acción contra el enriquecido para que le restituya los bienes o ventajas entregados, suprimiéndose así el desequilibrio patrimonial injusto producido. Así pues, la prohibición de los enriquecimientos injustos sería un medio jurídico que ofrece el Derecho para alcanzar el ideal de justicia de dar a cada uno lo suyo<sup>119</sup>. En base a lo manifestado no cuesta deducir que la regla de la prohibición de enriquecerse injustamente tiene por fundamento valores

<sup>115</sup> DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, en: De la Cámara Álvarez, Manuel; Díez-Picazo y Ponce de León, Luí: Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa. Editorial Civitas. Madrid. Año 1988. pág. 44.

<sup>116</sup> Art. 107 de la CNP: “Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igual de oportunidades”.

<sup>117</sup> Digesto 50, 17, 206.

<sup>118</sup> Partida 7, Título XXXIV, regla XVII. “E aun dixeron que ninguno non deue enriquecerse torticeramente en daño de otro”.

<sup>119</sup> Digesto 1,1, 10.



éticos morales basados en principios de justicia y equidad derivadas del Derecho natural<sup>120</sup> y que actúa como un deber o mandato negativo que impide la realización de situaciones de desigualdad que infringen dichos valores, pues como dice NÚÑEZ LAGOS: “el orden jurídico no evita que el desplazamiento patrimonial se produzca. Pero da medios para impedir que se consolide definitivamente, si la atribución patrimonial se verificó sin causa”<sup>121</sup>.

Ahora bien, un tema de capital importancia para esta investigación es saber si la idea de la prohibición de enriquecimientos injustos se concibe como una regla ética-moral a ser aplicada y concretada sólo en el ámbito civil o constituye un principio común a todo el Derecho en general pudiendo ser aplicado a las distintas disciplinas del ordenamientos jurídico.

#### **4.2. Críticas de la doctrina hacia la consideración de principio a la prohibición de los enriquecimientos injustos.**

Aunque gran parte de la doctrina moderna y la jurisprudencia han otorgado a la regla que prohíbe los enriquecimientos injustos la consideración de principio general del Derecho, existen autores que rechazan tal consideración, e incluso su fundamento ético moral como es el caso de DIEZ-PICAZO. El argumento de este autor radica en que existe un cúmulo de enriquecimientos moralmente reprochables e injustos que el Derecho no obliga a restituir. Cita por ejemplo cuando se cobra un precio injusto o se paga una retribución injusta, puede verse que el que recibe el precio o paga esa retribución se está enriqueciendo al obtener un beneficio en detrimento de la otra parte; sin embargo, es claro que no existe ninguna vía de revisión de la justicia de los precios o de las retribuciones siempre que las condiciones de voluntariedad y libertad de los contratos hayan sido observadas, o cuando un deudor se aprovecha a sabiendas de la falta de prescripción extintiva y se ampara en ella para no pagar<sup>122</sup>.

Tampoco comparte que el enriquecimiento injusto sea considerado como principio general de derecho, argumentando que la prohibición de estos enriquecimientos tiene un marcado carácter excepcional. La regla general sería la permanencia de los lucros en los patrimonios en que se producen, a los que de algún modo llegan y en los que se encuentran, a los que el Derecho ofrece una línea de defensa que permite conservar dicho status quo. Además, sostiene la dificultad de establecer como principio general de derecho la necesidad de un reexamen o revisión de todos los lucros obtenidos, de todos los enriquecimientos recibidos, siendo imposible exigir a las personas la justificación de sus lucros, ganancias, enriquecimientos y resultados similares<sup>123</sup>.

#### **4.3. Replica a estas críticas.**

A nuestro modo de ver, por más que el citado autor haya mencionado circunstancias en que ciertamente el Derecho mantiene situaciones de injusticia, creemos que la prohibición de enriquecimientos injustos es un principio que tiene un claro fundamento ético moral pues su finalidad consiste en hacer desaparecer situaciones de desigualdad que se han producido en el tráfico jurídico-económico de las personas. Todo principio para que pueda ser aceptado y aplicado, debe concretarse y juridificarse en el ordenamiento jurídico<sup>124</sup>, pudiendo el Derecho

<sup>120</sup> REBOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la administración pública*. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 1995. pág. 9. Sobre la evolución de la justicia del enriquecimiento y de sus fundamentos morales, Vid: ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *El enriquecimiento sin causa*. 3ª Edición. Editorial Comares. Granada. Año 1993. págs. 47-62.

<sup>121</sup> NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*. Editorial Reus. Madrid Año 1934. pág. 5.

<sup>122</sup> DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La doctrina del enriquecimiento injustificado*. op. cit. pág. 40.

<sup>123</sup> DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La doctrina del enriquecimiento injustificado*. op. cit. pág. 43.

<sup>124</sup> REBOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la administración pública*. op. cit. pág. 9.

limitarlo cuando técnica y perfila los aspectos relevantes que tendrá el mismo al ingresar como institución jurídica al Derecho positivo. Es por eso que en base a consideraciones de seguridad jurídica el Derecho ha establecido a la acción de restitución de enriquecimiento injusto un plazo para que el afectado pueda ejercitarlo, y si no lo hace dentro del tiempo previsto en la ley, su derecho decaería permitiendo la continuidad de la situación de injusticia. En este ejemplo vemos cómo el Derecho limita el citado principio previendo incluso que en ciertos casos permanezcan latentes desplazamientos económicos moralmente reprochables, pero aunque en la práctica se de esta hipótesis, no es un motivo suficiente para desmeritar la base moral y ética que subyace en la prohibición de enriquecimientos injustos, ya que esta limitación se refiere a aspectos procedimentales de su ejercicio y no sobre el fundamento mismo del derecho.

Por otro lado, no se comparte la supuesta dificultad de revisión de los lucros obtenidos y la imposibilidad de exigir a los ciudadanos la justificación de los mismos, en razón a que el actual modelo de Estado Social y Democrático de Derecho adopta un papel más activo e interviniente en la regulación de la economía con el fin de alcanzar una mayor justicia social, que si bien no deja de desalentar las iniciativas económicas de los actores sociales, pretende saber cuáles son las condiciones económicas reales en que se desenvuelven los ciudadanos<sup>125</sup>. De acuerdo a este modelo de Estado la limitación de ciertos derechos sería una necesidad para salvaguardar los intereses generales de la sociedad, atendiendo a que actualmente la corrupción ha encontrado en las instituciones del sistema económico y financiero una vía óptima para realizar sus actividades ilícitas habituales.

Esa es la razón por la cual los Estados han arbitrado instrumentos jurídicos para combatir las transacciones económicas de origen ilícito, citándose por ejemplo las leyes sobre prevención de lavado de dinero que obligan a las entidades financieras a denunciar a las autoridades estatales cualquier operación económica realizada por una persona física o jurídica que no se corresponda con su patrimonio y con el movimiento económico derivado de su actividad lícita declarada<sup>126</sup>. Estas medidas no sólo se aplican en el ámbito privado, sino también en el sector público, pues como hemos señalado en el capítulo anterior, los funcionarios públicos tienen que declarar todas sus rentas en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar declaración jurada de bienes y rentas. Estos hechos nos dan la pauta que la revisión y justificación de los enriquecimientos patrimoniales es una medida necesaria para localizar y suprimir las actividades económicas ilícitas que se insertan en los mercados lícitos de bienes y servicios, que atentan el libre desarrollo económico e igualitario de los ciudadanos.

#### **4.4. La prohibición general de enriquecimientos patrimoniales injustos como principio general del Derecho.**

El diccionario de la RAE define la palabra “principio” como la causa, origen del algo, o como cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes<sup>127</sup>. Trasladando estas acepciones al campo del derecho puede inferirse que los principios constituyen los mismos fundamentos del sistema jurídico a partir de

<sup>125</sup> CARMONA CUENCA, Encarnación. *El Estado social de Derecho en la constitución*. Consejo Económico Social. Madrid. Año 2009. pág. 120.

<sup>126</sup> En cumplimiento de sus obligaciones internacionales, la república del Paraguay ha sancionado la Ley N° 1.015/97 “Que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes”, la cual regula las actuaciones y procedimientos tendientes a prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica para la realización de los actos destinados al lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, estableciendo como sujetos obligados a las distintas entidades financieras que actúan en el sistema bancario, las cuales tiene la obligación de informar a la SEPRELAD (Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes) cualquier indicio de operaciones sospechosas realizadas tanto por personas físicas o jurídicas. Al respecto, Vid: Capítulo IV, apartado 6.

<sup>127</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Acepciones N° 5 y 6.

los cuales se despliegan todo el aparato de las normas<sup>128</sup>. Históricamente dos teorías –diametralmente opuestas– han sido las que han tratado de otorgar un contenido a la concepción de los principios generales del derecho: las teorías iusnaturalista y positiva.

Para la primera teoría, los principios generales del derecho se identifican con el Derecho natural al ser verdades jurídicas naturales y universales, a modo de axiomas jurídicos o normas establecidas por la recta razón. Serían en definitiva, un conjunto de verdades objetivas derivadas de la ley divina y humana<sup>129</sup>. En cambio, la segunda teoría (que parte de las concepciones del método científico positivista ampliamente adoptado a mediados del siglo XIX) sostenía que los principios generales del derecho equivalen a los principios que informan el derecho positivo y le sirven de fundamento. Estos principios se inducen por vía de abstracción o de sucesivas generalizaciones del propio Derecho positivo, y de sus reglas particulares se ha servido el legislador como criterio para establecer aquel derecho y sus singulares normas<sup>130</sup>.

Esta última concepción fue abandonada cuando los jurista se dieron cuenta de que el método positivo no permitía un conocimiento completo de las ciencias espirituales entre las que se encontraba el Derecho, y en consecuencia, surge una corriente denominada “ius-filosófica” que parte, no de meros datos empíricos –como lo hacía el positivismo–, sino de consideraciones valorativas. Por consiguiente, el fundamento del Derecho no se encuentra en la ley ni siquiera en los fines que la norma pretende satisfacer, sino en los valores que la informan y que pueden ser identificados a través de las leyes, pero los mismos son previos a ellas y se encuentran en la realidad social que las normas pretenden regular<sup>131</sup>.

Es por eso que el legislador al crear las instituciones jurídicas que resuelven los problemas o conflictos sociales, debe fundamentarlas en los valores que la sociedad considera más valiosos, pero eso no significa que cualquier valor admitido como valioso pueda considerarse principio general del derecho. Puede darse el caso de que en el proceso creador de normas de un determinado sector del Derecho se induzcan principios normativos que sólo atañen a dicho ámbito jurídico y que no tendrían el grado de generalización suficiente para ser calificados como generales para todo el derecho, siendo esta la razón por la que existen principios característicos y privativos de cada rama del ordenamiento jurídico<sup>132</sup>.

Para que un principio jurídico tenga la calificación de principio general del derecho debe tener una cierta comprensión general en la conciencia social como eje cardinal en el que se fundamenta no sólo una o varias ramas del ordenamiento, sino todo el Derecho en general. Incluso hay autores que refieren que esta comprensión debe sobrepasar las convicciones generales de un determinado país hasta alcanzar matices de universalidad. En ese sentido, DEL VECCHIO sostiene que los principios generales del derecho no pueden limitarse a un sólo derecho nacional sino que constituyen verdades supremas del derecho “in genere”, que por ser elementos lógicos racionales y humanos son virtualmente comunes a todos los pueblos<sup>133</sup>. Por lo tanto, los principios generales del derecho son los valores jurídicos éticos que se encuentran enraizados en la conciencia colectiva universal, y que en definitiva inspiran el Derecho positivo y constituyen su fundamento, hasta el punto de que no será verdadero derecho aquel que abiertamente los conculque o los contradiga.

<sup>128</sup> LATORRE, Ángel. *Introducción al Derecho*. Editorial Ariel. Barcelona. Año 1985. pág. 65.

<sup>129</sup> ARCE Y FLORES-VALDÉS, Joaquín. *Los principios generales del Derecho y su formación constitucional*. Editorial Civitas. Madrid. Año 1990. pág. 38.

<sup>130</sup> ARCE Y FLORES-VALDÉS, Joaquín. *Los principios generales del Derecho y su formación constitucional*. op. cit. pág. 39.

<sup>131</sup> BELADIEZ ROJO, Margarita. *Los principios jurídicos*. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1997. pág. 27.

<sup>132</sup> AZUA REYES, Sergio. *Los principios generales del Derecho*. Editorial Porrúa. México. Año 1986. pág. 122.

<sup>133</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del Derecho*. 3ª Edición. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1978. pág. 49.

De acuerdo a lo expuesto no existiría obstáculos para considerar a la prohibición de enriquecimientos injustos que se realizan a costa de otros como un valor negativo generalmente aceptado por la conciencia social que lo eleva a la categoría de principio general del derecho, porque que se refiere a un principio elemental de justicia conmutativa que es consustancial a la naturaleza humana. Esto se encuentra enraizado en los postulados de justicia e igualdad que nos dicen que todos los seres humanos están proporcionalmente llamados a participar en la distribución de los bienes y riquezas según ciertas reglas generales validas para todos, y estos postulados se quiebran cuando los desplazamientos de bienes que ocasionan el incremento patrimonial de una persona se realizan sin un fundamento jurídico lícito susceptible de justificarlo, especialmente cuando son consecuencia de operaciones que no se sustentan en un medio jurídico previsto en el ordenamiento o son el resultado de la comisión de actos ilícitos.

En este orden de ideas, el principio de prohibición de enriquecimientos injustos se incardinaría como una máxima de equidad que tiende a considerar todos los elementos de la realidad para determinar el equilibrio o la proporción correspondiente a las relaciones entre persona y persona<sup>134</sup>, y determina un mandato jurídico que impone un deber genérico de carácter negativo que prohíbe a todos los ciudadanos actuar en contra del valor consagrado en dicho principio. Pero aún habiendo demostrado que la prohibición de enriquecimientos injustos puede ser considerado como principio general del derecho derivado de los postulados de justicia e igualdad, el mandato contenido en dicho principio no estaría plenamente vigente, es decir, no tendría suficiente fuerza jurídica para obligar a sus destinatarios a que respeten la disposición de no enriquecerse injustamente a causa de otro. Los principios sólo tienen fuerza imperativa cuando se positivizan en una norma<sup>135</sup> que pasa a formar parte del ordenamiento jurídico, pudiendo juridificarse en la ley, en la Constitución y en parte también en la jurisprudencia (según un amplio sector doctrinal). Estos instrumentos jurídicos son los que captan la conciencia social de donde parten los valores más importantes de la sociedad, y además de tener fuerza jurídica creadora, materializan los principios generales del derecho<sup>136</sup>.

Desde nuestro punto de vista, la vigencia de la prohibición de enriquecimientos injustos como principio general del derecho queda fuera de toda duda al haber sido consagrado en el varias ramas jurídicas del Derecho positivo, que lo han materializado normativamente o aceptado en sus decisiones jurisprudenciales de acuerdo a sus respectivos principios particulares, como es el caso del Derecho civil, administrativo y penal. Estos ámbitos jurídicos han recepcionado y concretado al enriquecimiento injusto a través de instituciones jurídicas autónomas y particulares entre sí<sup>137</sup>, pero no diferentes, pues comparten una misma finalidad

<sup>134</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del Derecho*. op. cit. pág. 115.

<sup>135</sup> En ese sentido, NIETO deja clara la diferencia entre principio y norma, los cuales a su criterio deben ser manejados con el mayor cuidado posible. Para este autor la norma es una prescripción concreta, o sea, una regla que ordena o prohíbe relaciones sociales concretas y establece los efectos jurídicos del cumplimiento o incumplimiento de tales regulaciones. En cambio, los principios tienen una enorme virtualidad y necesitan ciertamente un mínimo de consistencia. Aunque sigan siendo sagrados e intocables, deben ser adaptados a las exigencias de la realidad que sólo se podrá conseguir a través de su normatividad (NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. op. cit. págs. 44-47).

<sup>136</sup> ARCE Y FLORES-VALDÉS, Joaquín. *Los principios generales del Derecho y su formación constitucional*. op. cit. pág. 74.

<sup>137</sup> La consagración de la autonomía de las instituciones con las que cada rama del ordenamiento jurídico admite el principio de prohibición de enriquecimientos injustos ha sido destacada por una parte de la doctrina que ha reaccionado en contra de la tendencia de entender a los principios generales del Derecho civil como principios generales de todo el derecho. No se discute que la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa del Derecho civil cuente con una prioridad histórica y que hayan sido los tribunales civiles los primeros en proclamarla y aplicarla, habiendo consolidado estos factores en una técnica depurada y una sólida elaboración doctrinal en dicha materia, pero estos hechos no permiten que el Derecho civil pueda apropiarse de este principio general que tiene la característica de ser general o genérico, es decir, no se circunscribe a un solo sector del ordenamiento sino que se extiende al ordenamiento considerado en su totalidad.

que no es otra que prohibir los incrementos patrimoniales indebidos e injustos ocasionados a costa de otros que se realizan en las distintas facetas de la realidad social.

## 5. LA PROHIBICIÓN DE ENRIQUECIMIENTOS INJUSTOS Y SU RECEPCIÓN POR EL DERECHO PENAL.

### 5.1. Consideraciones Generales.

Varios ordenamientos jurídicos han recepcionado al principio general del derecho que prohíbe los enriquecimientos injustos, siendo el Derecho penal uno de ellos. Si bien este ordenamiento jurídico, como también el Derecho civil y el administrativo, ofrecen mecanismos jurídicos tendientes a suprimir las situaciones de desigualdad material que pueden producirse en los desplazamientos económicos, no puede afirmarse que los mismos compartan unos idénticos supuestos y presupuestos para la aplicación de tales mecanismos.

Así, el Derecho civil requiere que una persona adquiera una ventaja patrimonial a costa de otra que sufre un daño al realizar un desplazamiento económico sin causa, es decir, la falta de causa es el fundamento de la acción que le otorga el Derecho al lesionado para que se le restituya lo dado injustamente<sup>138</sup>. En el Derecho administrativo, el principio de prohibición de enriquecimientos injustos se ejerce normalmente a través de la teoría del enriquecimiento sin causa, que genera la obligación de restitución del valor de la ventaja ingresada en virtud de una atribución sin causa que, pese a su anomalía, se consiente o consolida por el ordenamiento. El ejercicio de la acción en sede administrativa requiere de los mismos requisitos exigidos en sede civil, pero con ciertos matices derivados de la propia autonomía del Derecho administrativo<sup>139</sup>.

En cambio, la introducción del principio de prohibición de enriquecimientos injustos en el Derecho penal ha tomado un camino diametralmente opuesto al asumido por las citadas disciplinas jurídicas, principalmente por los principios y caracteres particulares que posee la penal. Uno de los instrumentos jurídicos a través de los cuales el Derecho penal ha recepcionado este principio es el delito de enriquecimiento ilícito, pero no ha seguido el criterio de considerar a la adquisición de ventajas patrimoniales sin causa como fundamento del injusto, sino que ha sustentado la estructura del tipo penal más bien en consideraciones sobre la ilicitud de los incrementos patrimoniales que experimenta un sector en particular de la sociedad: los funcionarios públicos. Este es uno de los rasgos principales que diferencian a la prohibición de enriquecerse injustamente adoptado por el Derecho penal de las otras ramas jurídicas que pretenden evitar el enriquecimiento injusto de particulares en general o de la administración pública.

Esta figura penal incrimina la realización de unos comportamientos que tienen por efecto el incremento excesivo del patrimonio de un funcionario público, pero la ilicitud no radica en que los desplazamientos que ocasionaron el enriquecimiento se hayan producido sin una causa

<sup>138</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *El enriquecimiento sin causa*. op. cit. pág. 94.

<sup>139</sup> REBOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la administración pública*. op. cit. págs. 161 y 166. Este criterio puede observarse en la STS 522/2006 de fecha 17 de enero, que expresa lo siguiente: “El análisis de la referida jurisprudencia de esta Sala denota una consideración del enriquecimiento injusto como principio general o como supra concepto, que le otorga una cierta identidad y unidad, aunque ello no supone que no se manifieste con una cierta autonomía y singularidad en su proyección a la Administración respecto a su actuación sujeta al Derecho administrativo. Pero, en cualquier caso, son los requisitos establecidos por la jurisprudencia civil, acogidos expresamente por esta Sala, los que rigen y se aplican a los supuestos en que la Administración o un particular, eventual o supuestamente empobrecido, exige la restitución del enriquecimiento injusto o sin causa de un administrado o de una Administración, en este caso, de una entidad local. Por consiguiente, ha de reconocerse que el enriquecimiento injusto, como principio general y como específica acción, forma parte, por obra de la jurisprudencia, del ordenamiento jurídico y, en concreto, del ordenamiento jurídico administrativo”.

jurídica tal como sucede en la teoría del enriquecimiento sin causa<sup>140</sup>, es más, sucede todo lo contrario, porque el enriquecimiento producido es consecuencia de unos actos que se justifican en una justa causa, lo que significa que el funcionario ha introducido bienes a su patrimonio a través de unos actos de adquisición válidos y regulados por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, si el enriquecimiento se obtiene por vías legales previstas en el ordenamiento jurídico, ¿cuál es el fundamento de la ilicitud de estos incrementos patrimoniales que hace que las conductas que las ocasionan sean castigadas con penas?

Para responder a esta interrogante se debe partir del hecho de que todo funcionario público percibe en contraprestación al ejercicio de sus funciones una remuneración acorde a su cargo y jerarquía, y que la ley presume que es suficiente para satisfacer sus propias necesidades y las de su familia. Incluso es posible que después de solventadas estas necesidades, exista la posibilidad de que al funcionario le quede alguna parte o remanente de su remuneración legal para destinarla al ahorro, a las inversiones o a la adquisición de bienes y servicios, que naturalmente tendrían como resultado el aumento de su patrimonio personal. Estas operaciones son completamente normales en un sistema jurídico y económico que tiende a alentar la circulación de bienes y capitales. Sin embargo, no puede considerarse normal que un funcionario durante el ejercicio de su cargo ingrese a su patrimonio un conjunto de bienes cuyo valor resulta evidente que no pueden adquirirse con el salario legal que percibe, ni con los réditos del patrimonio que hubiera manifestado tener en su declaración jurada de bienes y rentas al ingresar a la función pública. En otras palabras, lo que se cuestiona es la existencia de una desproporción apreciable entre lo que el funcionario percibe legalmente por el ejercicio de su cargo y el estado real de su patrimonio, y que el mismo no pueda justificar las fuentes de riqueza lícitas que hicieron posible la adquisición de los bienes que incrementaron su patrimonio.

Hay que dejar en claro que en estos casos no se reprocha una falta de justificación sobre la causa del enriquecimiento, entendida ésta como ausencia de un título válido regulado por el ordenamiento jurídico que autoriza al beneficiario a recibir y conservar en su patrimonio bienes que naturalmente lo aumentan, sino una falta de justificación sobre el origen lícito de los recursos económicos que permiten al funcionario adquirir e introducir bienes a su patrimonio, como también, alguna liberalidad o acto aleatorio que conlleve el mismo efecto (herencia, disposición testamentaria o lotería). Este razonamiento ha sido tenido en cuenta por el legislador para fundamentar la ilicitud de los excesivos enriquecimientos patrimoniales cometidos por los miembros de la función pública, y que constituye asimismo el contenido de injusto del delito de enriquecimiento ilícito, que podemos afirmar es “todo incremento apreciable del patrimonio de un funcionario público que no guarda relación con los ingresos legítimos que percibe durante el ejercicio de su cargo, cuya procedencia no puede ser debida y legalmente justificada”.

## **5.2. Situaciones de injusticia material que fundamentan la ilicitud de los incrementos patrimoniales injustificados de los funcionarios.**

A nuestro juicio, el criterio que determina la ilicitud de los incrementos patrimoniales injustificados de los miembros de la función pública se justifica en la existencia de situaciones de injusticia material que pueden apreciarse desde tres puntos de vistas.

<sup>140</sup> DE BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, Francisco. *La veda del enriquecimiento sin causa: una garantía de equilibrio respecto de la modificación de facto de las prestaciones de obra inicialmente contratadas*. RPJ N° 33. (España) Año 1994. pág. 491 “En cuanto a la falta de causa, ésta supone ausencia de justificación de una adquisición patrimonial, de una ventaja o de un ahorro de gasto. Hay justificación si existe título válido justificador del enriquecimiento, si existe voluntad transmisiva (el negocio jurídico como causa), o si existe una norma jurídica que lo prevé (norma como causa). Ausencia de causa se refiere a la inexistencia de precedente negocial o normativo que injustifique la adquisición. Falta la contraprestación o contra promesa o el ánimo de liberalidad. Se da una ausencia de situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la atribución para recibir ésta y conservarla”.

### 5.2.1. Ambiente de desigualdad dentro de la función pública.

Todos los funcionarios públicos tienen reconocido el derecho a ser retribuidos por el ejercicio de sus funciones, y por ese motivo obtienen del Estado una remuneración legal cuyo contenido económico es lo suficiente para satisfacer sus necesidades básicas y el mantenimiento de un nivel de vida adecuado<sup>141</sup>, pero que también le confiera circunstancialmente la posibilidad de adquirir directamente bienes o indirectamente a través del ahorro<sup>142</sup>. Como el salario del funcionario se encuentra normalmente fijo en la ley, y éste tiene la obligación de asentar dicho monto en su declaración jurada de bienes y rentas conjuntamente con sus demás fuentes de ingresos, es fácil determinar razonablemente mediante procedimientos técnicos contables la variación de su patrimonio y su capacidad económica para adquirir bienes y contraer obligaciones. Si fehacientemente se comprueba que el funcionario ha adquirido bienes que superan excesivamente su capacidad económica y no acredita una fuente legítima que justifique su enriquecimiento patrimonial, la ley sospecha que sus bienes han sido adquiridos a través de fuentes de ingreso de dudoso origen que obliga al funcionario a no declararlos.

La obtención de ingresos fuera de las fuentes legales establecidas y permitidas en la ley para los funcionarios públicos crea un ambiente de desigualdad material dentro del ámbito subjetivo de la función pública (conjunto de personas que se encuentran en relación estatutaria y que prestan servicios en las instituciones públicas), que afecta a los demás servidores públicos que cumplen sus deberes legales, declaran sus fuentes de ingresos y conllevan una vida honesta y digna de acuerdo al salario que perciben del Estado. Al respecto decía BIELSA: “es necesario diferenciar el hecho de aprovechar la función pública para lograr un sueldo, del hecho, mucho más grave, de procurar por todos los medios el logro del cargo público para enriquecerse ilícitamente”<sup>143</sup>.

El principio de igualdad reconoce la equivalencia de derechos para todos los ciudadanos, principio que también rige en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones previstos para la organización funcionarial del Estado. Así, los funcionarios que se enriquecen a través de fuentes injustificadas adquieren una posición económica que quiebra el principio de igualdad al desvirtuar las legítimas expectativas que tienen los demás miembros de la función pública de alcanzar en un sistema igualitario de oportunidades, el pleno desarrollo social y económico por medio de las posibilidades que les otorga su salario. La CNP ha vaticinado la aparición de estas situaciones de desigualdad comprometiendo al Estado la remoción de los obstáculos y los factores las propician<sup>144</sup>, y en ese contexto ha dado participación a varias instituciones públicas para que asuman una actitud correctiva en contra de las desigualdades que producen los incrementos patrimoniales injustificados en la función pública<sup>145</sup>.

<sup>141</sup> CASTILLO BLANCO, Federico. *El sistema retributivo en la función pública española*. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2002. pág. 45.

<sup>142</sup> Un verdadero alcance del derecho a la retribución del trabajo garantizado en un Estado Social y Democrático de Derecho debe proveer a todo trabajador, incluidos los que forman parte de la función pública, de un salario que no sólo satisfaga sus propias necesidades y las de su familia, sino también, debe promocionar la posibilidad de que el trabajador pueda alcanzar un progreso económico y social que le permita alcanzar un digno estado de bienestar.

<sup>143</sup> BIELSA, Rafael. *La función pública*. op. cit. pág. 213.

<sup>144</sup> Art. 46 de la CNP: “Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien”. Este mismo mandato se encuentra previsto en el art. 9.2 de la CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

<sup>145</sup> GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de derecho*. Editorial Dilex. Madrid. Año 2007. pág. 105 “El primer presupuesto del Estado Social es el de la obligación que tienen los poderes públicos de intervenir para que la igualdad jurídico-política que asegura el Estado de Derecho se

El legislador paraguayo ha justificado la intervención del Derecho penal en la corrección de estas conductas bajo el razonamiento de que todo funcionario que no puede acreditar el origen lícito de su enriquecimiento patrimonial estaría quebrantando los deberes especiales de su rol (en especial el de transparencia) que deben primar en el ejercicio de sus funciones. Como es lógico, estas desviaciones funcionales reciben una primera protección del Derecho administrativo, pero la constante reiteración de estas prácticas corruptas en el seno de la función pública indican que estas situaciones se han vuelto lo suficientemente delicadas como para requerir la gravedad de la pena<sup>146</sup>. En ese sentido, se entiende que el comportamiento del funcionario, a parte de constituir una infracción de sus deberes legales, genera un riesgo jurídicamente desaprobado que afecta el correcto ejercicio de las funciones encomendadas a las instituciones públicas, extremo imprescindible para que la intervención del Derecho penal quede legitimada<sup>147</sup>. La función pública es un bien jurídico supraindividual que no se protege por ser un ente abstracto o estático, sino por las distintas funciones y actividades que realiza a favor de los ciudadanos, de ahí que el legislador haya entendido que los incrementos patrimoniales injustificados de los funcionarios públicos crean un peligro que afecta la funcionalidad de la organización funcionarial en sus aspectos objetivo y subjetivo<sup>148</sup>.

El aspecto subjetivo es afectado por las situaciones de desigualdad material que generan estas prácticas corruptas dentro de la organización funcional del Estado, constituyendo un mal ejemplo para los demás funcionarios honestos que se verían tentados a utilizar su cargo público para cometer actividades ilícitas con el fin de obtener mayores riquezas. La determinación de la afectación del aspecto objetivo es el que crea más problemas, ya que es común hoy en día que se interprete la intención del legislador de tipificar el delito de enriquecimiento ilícito bajo el pretexto de que con esta figura criminal se estaría protegiendo valores éticos y morales como el “prestigio y buen nombre de la función pública”, “la probidad del desempeño de la función pública” o “la confianza ciudadana en las instituciones públicas”<sup>149</sup>, lo que no condice con la verdadera finalidad de protección de la función pública que es el correcto desenvolvimiento de las actividades estatales que se realizan en beneficio de los ciudadanos. Esta errónea determinación del objeto de protección de la función pública constituye en la actualidad una de las más asiduas críticas hechas por parte de la doctrina que más adelante será analizada con detenimiento.

### **5.2.2. La intromisión del funcionario en los derechos de terceros mediante acciones antijurídicas.**

Las injusticias que son consecuencia de los incrementos patrimoniales injustificados de los funcionarios públicos pueden evidenciarse desde otro punto de vista, a partir de un simple razonamiento ciudadano muy en boga actualmente, pero que ya había sido manifestado por BIELSA en los años 30 del siglo pasado que expresa que muchos de los funcionarios entran pobres a ejercer una función pública, la cual es retribuida con un sueldo que, en atención a su condición social solamente les basta para solventar sus gastos básicos, y no obstante, al cabo de

---

transforme en una auténtica igualdad social, económica y cultural, lo que conmina a una actitud correctora de las desigualdades”.

<sup>146</sup> FERRÉ OLIVE, Juan Carlos. *Corrupción y delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 15.

<sup>147</sup> Sostiene CARO CORIA que la aptitud lesiva del delito de enriquecimiento ilícito surge de la propia redacción del tipo al establecer una conexión funcional entre el resultado del incremento patrimonial y el ejercicio del cargo, de donde cabe derivar que sólo adquieren relevancia penal aquellos comportamientos que, tras la infracción de un deber especial, conducen al resultado de enriquecimiento, lo que en sí implica una afectación potencial, es decir, la creación de un peligro para los objetos tutelados a través de los delitos contra la administración pública (CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 139).

<sup>148</sup> Vid: Capítulo II. apartados 3.1. y 3.2.

<sup>149</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 123.



pocos años, se enriquecen de manera impresionante<sup>150</sup>. Por lo tanto, si en algunos casos el salario del funcionario sólo le permite asegurarse una decorosa subsistencia, las preguntas que surgen son cómo y de dónde obtiene los recursos económicos que solventan los bienes que enriquece excesivamente su patrimonio.

Estas interrogantes encuentran su respuesta en la sospecha de que todo funcionario que incrementa su patrimonio de forma repentina e injustificada, se enriquece por medio de recursos económicos provenientes de la realización de actos ilícitos cometidos de modo subrepticio durante el ejercicio de su cargo. De esta manera, otra forma de injusticia que crean los enriquecimientos injustificados de los funcionarios y que refuerza la justificación del legislador de combatirlos por medio del delito, es el hecho de que el origen de las fuentes que posibilitan el incremento patrimonial surge de la intromisión del funcionario en los derechos ajenos de terceros mediante acciones antijurídicas<sup>151</sup>. La situación que presume el legislador se adecua perfectamente a la definición de injusticia, que es la disposición o hábito del alma que inclina a lesionar a otro en su derecho. Lo propio y lo específico de la injusticia será siempre la lesión del derecho ajeno<sup>152</sup>.

Puede decirse que en todo enriquecimiento injustificado se observan dos tipos de injusticias. La primera queda patente con la defraudación de las expectativas que la sociedad tiene del funcionario acerca de la transparencia que debe llevar en la gestión de su patrimonio<sup>153</sup>, en detrimento de otros funcionarios honestos y probos con la normativa sobre gestión patrimonial en la función pública; y la segunda, que el funcionario utiliza su cargo para cometer actos ilícitos que lesionan los derechos de terceros.

Pueden darse situaciones en las que un funcionario no tenga más remedio que recurrir al acto ilícito para procurarse recursos económicos porque no tiene otra alternativa con que paliar una difícil situación económica, que muchas veces se origina por las deficiencias del sistema retributivo de ciertos países, pero aunque se quiera justificar estos actos con argumentos de necesidad social, no puede considerarse justo y adecuado a los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho que una situación injusta de desigualdad social sea solucionada con otro hecho injusto, es decir, con la negación o lesión de los derechos de terceros. En definitiva, los enriquecimientos injustificados de los funcionarios generan situaciones de injusticia tanto en la función pública como en la misma sociedad, y como dice HERVADA, todo acto injusto da lugar, no solo a la restitución, sino también a la punibilidad, esto es, al posible castigo<sup>154</sup>,

<sup>150</sup> BIELSA, Rafael. *La función pública*. op. cit. pág. 217.

<sup>151</sup> Esta propuesta que justifica el recurso del Derecho penal para combatir los enriquecimientos ilícitos en la función pública tiene grandes similitudes con la teoría de la antijuridicidad propugnada por los tratadistas del Derecho civil para fundamentar la obligación restitutoria en los casos de enriquecimiento injustificado. Esta tesis gira en torno a la idea de “adquisición intromisiva” cuyo núcleo central no consiste en la existencia de un desplazamiento sin causa jurídica, sino que el enriquecimiento haya sido obtenido mediante una acción antijurídica. De esta manera, el fundamento de toda restitución por enriquecimiento injusto es siempre la antijuridicidad de la intromisión en los derechos de otro (BASOZABAL ARRUE, Xabier. *Enriquecimiento injustificado por intromisión en Derecho ajeno*. Editorial Civitas. Madrid. Año 1998. pág. 54). La similitud de esta teoría con el delito de enriquecimiento ilícito consiste en que si un funcionario no puede justificar con sus ingresos legítimos el excesivo enriquecimiento de su patrimonio, el legislador sospecha que este incremento fue posible gracias a los beneficios indebidos que ha obtenido de la comisión de hechos antijurídicos en contra de los derechos de terceras personas.

<sup>152</sup> HERVADA, Javier. *Introducción crítica al Derecho natural*. 10ª Edición. Editorial Eunsa. Pamplona. Año 2007. pág. 73.

<sup>153</sup> En ese sentido, SARAVIA TOLEDO y VILLADA afirman que el crecimiento patrimonial importante que pueda disfrutar un funcionario mientras se encuentre en su cargo, debe ser necesariamente explicado cuando así se lo requiera, pues la incolumidad en el desempeño de la función pública requiere la mayor transparencia posible respecto de sus actos (SARAVIA TOLEDO, Rogelio; VILLADA, Jorge Luis. *Curso de Derecho penal. Parte especial*. op. cit. idem pág.).

<sup>154</sup> HERVADA, Javier. *Introducción crítica al Derecho natural*. op. cit. pág. 75.

razonamiento que creemos ha seguido el legislador para prevenir y reprimir dichos injustos por vía de la sanción penal.

### 5.2.3. El enriquecimiento como consecuencia de delitos impunes contra la función pública que se realizan de forma subrepticia.

Buena parte de la doctrina que estudia el delito de enriquecimiento ilícito ha ido más lejos y ha determinado que los bienes que enriquecen el patrimonio del funcionario no derivan de cualquier acto ilícito sino mayormente de hechos ilícitos de corrupción, y dado el carácter subrepticio de estos hechos su comisión no puede ser acreditada en la práctica judicial por falta de pruebas.

Esta es una consecuencia directa de las múltiples modalidades y sofisticadas técnicas que aplican los agentes corruptos en la comisión de sus actos ilícitos, y que las siguen desarrollando gracias a la globalización y los avances tecnológicos. Para PABÓN PARRA esta sería la razón que hace perfectamente justificable la redacción del tipo penal de enriquecimiento ilícito, debido al reiterado fenómeno del enriquecimiento rápido y en ocasiones descarado, con causa desconocida de servidores públicos durante el ejercicio de sus funciones<sup>155</sup>. No cabe duda que el legislador ha creado al delito de enriquecimiento ilícito como válvula de escape ante la creciente impunidad que se genera por la ineficacia de los procedimientos de investigación penal de los hechos de corrupción (además de las deficiencias legislativas en la materia). BARAHONA nos dice que la impunidad ocurre cuando los crímenes cometidos pasan inadvertidos a la justicia, ya sea porque sus autores escapan a la acción de la justicia por no haber sido determinada su responsabilidad, o por la existencia de delitos que no se persiguen ni se penan, aún cuando se individualiza al responsable, ello en virtud de la obvia y odiosa existencia de excepciones abusivas<sup>156</sup>. Por esta razón se ha decidido incriminar un hecho fácil de comprobar que es el beneficio económico de todo acto de corrupción que sería la fuente de ingresos que enriquece el patrimonio del funcionario. De esta forma, al no poder el funcionario justificar el origen lícito de los bienes que enriquecen su patrimonio por la circunstancia de que derivarían de supuestos actos de corrupción, quedaría así demostrada la ilicitud de la adquisición de dichos bienes y la autoría del funcionario.

Para desalentar las desigualdades creadas por los enriquecimientos injustificados de los funcionarios públicos desde el ámbito del Derecho penal, el legislador ha establecido encubiertamente en la configuración del tipo penal del delito de enriquecimiento ilícito una presunción *iuris tantum contra reo*<sup>157</sup>. Así, todo excesivo enriquecimiento patrimonial experimentado por un funcionario que no guarda relación con las remuneraciones que percibe del ejercicio de la función pública, se presume ilícito hasta que demuestre lo contrario mediante la justificación del origen lícito de dicho acrecentamiento por medios legales establecidos en el ordenamiento jurídico. Resulta fácil afirmar que el tipo penal infiere de la comprobación real de determinados hechos (la excesiva desproporción entre el enriquecimiento patrimonial del funcionario y sus ingresos legítimos), la existencia presunta de otros (la comisión de actos

<sup>155</sup> PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Tomo II. 8ª Edición. Editorial Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. Año 2011. pág. 895.

<sup>156</sup> BARAHONA KRUGER, Pablo. *Corrupción e impunidad: correlaciones e implicaciones*. Editorial Continental. San José (Costa Rica). Año 2004. pág. 108.

<sup>157</sup> El recurso de las presunciones es algo muy común por las distintas ramas del derecho. Sin embargo, su validez debe ser analizada en relación a los principios constitucionales del ordenamiento jurídico. En el sistema jurídico penal existen presunciones que constituyen auténticos derechos subjetivos fundamentales como el derecho a la presunción de inocencia, el cual es una garantía que beneficia a toda persona que se encuentra sometida a un proceso penal con la consideración de ser tratada como inocente hasta que el órgano que tiene la acción penal pública demuestre lo contrario. En cambio, se cuestiona la constitucionalidad de aquellas presunciones inversas o contra reo que establecen una responsabilidad basada en hechos presuntos de los que no existe prueba alguna sobre su comisión.

ilícitos de corrupción pública que no pueden probarse y que serían las fuentes del enriquecimiento), hasta que el perjudicado por la presunción aporte la prueba de lo contrario<sup>158</sup>.

Lo contraproducente de esta técnica legislativa es que contiene una presunción que produce un desequilibrio procesal que vulnera los derechos a la presunción de inocencia y a la igualdad procesal, ya que aligera el trabajo investigativo y acusatorio del ministerio público (órgano que tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal pública), al invertir la carga de la prueba en contra del funcionario quien es en definitiva el que debe probar su inocencia justificando que sus bienes provienen de fuentes lícitas.

## **6. ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO O SIN CAUSA QUE HAN SIDO TOMADOS EN CUENTA POR EL LEGISLADOR PARA TIPIFICAR EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.**

Antes de analizar las configuraciones típicas con las que se ha incriminado el delito de enriquecimiento ilícito en el derecho positivo paraguayo, creemos necesario determinar los elementos comunes que existen en todo enriquecimiento injusto a fin de verificar cuáles han sido utilizados por el legislador para definir la conducta punible descrita en este delito. En vista a que el enriquecimiento ilícito es una figura penal compleja, casi sin antecedentes legislativos y de escaso progreso doctrinal y jurisprudencial, se asume la hipótesis de que el legislador se ha inspirado para crear este delito en los presupuestos establecidos en la teoría del enriquecimiento injusto o sin causa del Derecho civil, tal como en su momento lo ha hecho la jurisprudencia del Derecho administrativo.

En consecuencia, son cuatro los elementos comunes que podemos encontrar en la prohibición de enriquecimientos injustos del Derecho civil, por lo que a continuación examinaremos cuáles y de que manera son asumidos por el tipo penal de enriquecimiento ilícito.

### **6.1. Enriquecimiento patrimonial.**

Existe enriquecimiento cuando una persona ha experimentado una transferencia o desplazamiento de bienes y derechos en su patrimonio que antes no le pertenecían, y que le ha derivado una ventaja o provecho económico, los cuales no sufren una recíproca desventaja equivalente<sup>159</sup>. En la realidad existen variados modos en los que el enriquecimiento se exterioriza, pudiendo ser positivos, negativos, directos e indirectos.

El enriquecimiento positivo se da cuando un nuevo bien corporal o derecho (haciendo referencia a todos los derechos reales y personales) se agrega a la fortuna del sujeto beneficiado (*lucrum emergens*), o uno ya existente aumenta de valor<sup>160</sup>. Puede consistir en la recepción de dinero, bienes, la explotación de una obra, una prestación, una situación jurídica más ventajosa o en el goce o uso temporal de un bien<sup>161</sup>. La característica principal de esta clase de enriquecimiento es el ingreso de un nuevo valor, ventaja o beneficio que viene a alterar o modificar la situación económica patrimonial de un sujeto. En cambio, en el enriquecimiento negativo un sujeto evita la disminución de su patrimonio (*damnum cessans*) que normalmente le incumbe, a pesar de no ingresar ningún derecho que le resulta de utilidad. En este caso existe un consumo de cosas o servicios recibidos, o expensas hechas por un tercero si el enriquecido ha

<sup>158</sup> NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*. op. cit. pág. 50.

<sup>159</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. op. cit. pág. 41; NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*. op. cit. pág. 17; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. *El enriquecimiento sin causa*. op. cit. pág. 83.

<sup>160</sup> VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Editorial Comares. Granada. Año 2007. pág. 240.

<sup>161</sup> FABREGA PONCE, Jorge. *El enriquecimiento sin causa*. Tomo I. Editorial Plaza. Bogotá. Año 1996. pág. 241.

evitado su costo, es decir, la erogación de un gasto<sup>162</sup>. Ocurre por ejemplo, cuando se extingue o reduce un pasivo (pagando una deuda, extinguiendo un gravamen o evitando una pérdida patrimonial), evitando gastos que en otras circunstancias hubieran tenido que hacerse<sup>163</sup>. De igual manera, el enriquecimiento es directo cuando el propio beneficiario se procura asimismo e inmediatamente la ventaja que aumenta su patrimonio, y es indirecto cuando la ventaja es adquirida a través de la conducta de un tercero.

El contenido del enriquecimiento siempre debe significar al sujeto activo una ventaja que le resulte un valor económico calculable o determinable que aumenta su patrimonio, debido a que tanto en el delito de enriquecimiento ilícito como en todo acto de corrupción pública, el móvil es siempre el ánimo de lucro del funcionario público. En ese sentido se manifiesta NÚÑEZ LAGOS al decir: “la idea del enriquecimiento está estrechamente ligada a la de valor económico”<sup>164</sup>. Además, la postura de que todo enriquecimiento constituye un aumento del patrimonio de un sujeto por el ingreso de bienes o la extinción de obligaciones de naturaleza económica se adecua a la noción de patrimonio propuesta por el diccionario de la RAE que la define como “conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica”<sup>165</sup>. Sin embargo, una parte importante de la doctrina admite la existencia de los llamados “enriquecimientos subjetivos o morales” en los que las ventajas son de orden personal y sin influjos económicos. Aunque pudiera aceptarse la existencia de estas clases de ventajas en la realidad, debemos dejar claro que el delito de enriquecimiento ilícito sólo persigue aquellos incrementos apreciables de bienes y derechos que suponen beneficios económicos que se proyectan de forma real en el patrimonio del funcionario mediante su incorporación al mismo. Según esta acotación, no tendrían cabida en este delito las ventajas de orden sexual que pudiera obtener el sujeto beneficiado en razón a que no tienen un contenido propiamente económico, no sólo porque las relaciones sexuales están fuera del comercio, sino también al no asumir estas prácticas contornos patrimoniales<sup>166</sup>.

En el delito de enriquecimiento ilícito, el legislador presume que las ventajas que recibe el funcionario son bienes o valores económicos cuya posesión o propiedad pertenecían anteriormente a un particular, quien luego los transfiere al servidor público en el marco de un hecho de corrupción que no puede ser probado, pudiendo consistir esos bienes en dinero u otra cosa que lo valga o represente. Por lo tanto, a través de esta ilícita fuente de ingresos el funcionario puede solventar la adquisición de bienes, como también la extinción de las obligaciones que pesan sobre él, lo que supone en definitiva una objetiva y medible mejora de la situación económica de su patrimonio.

## 6.2. Empobrecimiento de otra persona.

Todo enriquecimiento injusto tiene por efecto el incremento patrimonial de una persona y el correlativo empobrecimiento de otra<sup>167</sup>. Esta última sufre injustamente la pérdida una cosa o

<sup>162</sup> NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*. op. cit. pág. 117; REBOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la administración pública*. op. cit. pág. 26; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La doctrina del enriquecimiento injustificado*. op. cit. pág. 56.

<sup>163</sup> FABREGA PONCE, Jorge. *El enriquecimiento sin causa*. op. cit. pág. 244.

<sup>164</sup> NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*. op. cit. pág. 108.

<sup>165</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Aceptación N° 5.

<sup>166</sup> GARCÍA, Emerson; PACHECO ALVES, Rogério. *Improbidade administrativa*. op. cit. pág. 306. En otros delitos contra las funciones públicas, como es el caso del cohecho, la doctrina y la jurisprudencia han considerado a los ofrecimientos sexuales al igual que el dinero, las dadas o presentes, es decir, como una ventaja lo suficientemente idónea y eficaz para corromper al funcionario y lograr que éste realice un acto propio o contrario a los deberes de su cargo.

<sup>167</sup> NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*. op. cit. pág. 124; REBOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la administración pública*. op. cit. idem pág.; FABREGA PONCE, Jorge. *El enriquecimiento sin causa*. op. cit. pág. 278.

un derecho que se desplaza y se integra en el patrimonio del enriquecido, siendo esta situación la que da origen al principio general del derecho de que no es justo que nadie se enriquezca en perjuicio o a costa de otro.

Como se ha señalado, el legislador al crear el delito de enriquecimiento ilícito presume que todo incremento apreciable del patrimonio de un funcionario que no pueda ser justificado con sus ingresos legítimos, ha sido obtenido por fuentes económicas provenientes de la comisión de hechos punibles durante el ejercicio de su cargo público. Así, la adquisición de bienes o la extinción de obligaciones que enriquece el patrimonio del funcionario se produciría en la mayoría de los casos gracias a las ventajas económicas que son proporcionadas por particulares, algunos en contraprestación de un acto del funcionario que les beneficia o les evita ciertos costos<sup>168</sup>, y otros en cambio, como víctimas de algún chantaje ilegal.

En el primer caso, el particular desencadena el hecho delictivo peticionando al funcionario público la desviación de sus funciones o tiene un plan preconcebido con éste último, existiendo en consecuencia una coincidencia entre los dos sujetos de la pareja criminal<sup>169</sup>. Por ejemplo, una de las causas que hace empobrecer a los particulares constituye la extrema burocratización del aparato estatal ataviado de procedimientos administrativos largos y engorrosos, lo cual hace que el ciudadano se sienta obligado a ofrecer incentivos o aceptar propuestas económicas por parte de los funcionarios para conseguir la aceleración o simplificación de estos tramites<sup>170</sup>. En el segundo caso, el particular se encuentra frente al chantaje o extorsión del funcionario, quien exige una cantidad o recompensa para liberarlo de un mal mayor o simplemente abusa de su cargo público para obtener una ventaja económica. De esta manera, el funcionario y el particular pueden jugar diversos papeles en un suceso delictivo, pero lo que sí es cierto es que en los hechos de corrupción los particulares se encuentran compelidos a entregar dadas o ventajas patrimoniales que son exigidas por los funcionarios, lo que conlleva un desplazamiento de valores económicos que les ocasiona una disminución o empobrecimiento de su patrimonio y que en definitiva produce el enriquecimiento ilícito del funcionario.

Por último, cabe señalar que el funcionario también puede enriquecer su patrimonio a través de la distracción o malversación de recursos del Estado, cuando éste tiene a su cargo competencias funcionales de administración y disposición de caudales públicos. En estos casos el empobrecido es el Estado cuyo patrimonio se ve disminuido por obra de estas conductas corruptas, constituyendo hechos más grave en relación a los anteriormente citados, ya que sus consecuencias no afectan a un sujeto en particular sino a toda la sociedad.

### **6.3. Relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.**

La doctrina civilista establece como tercer requisito de la acción de enriquecimiento injusto o sin causa, la comprobación de una “relación de causalidad” entre el enriquecimiento y

<sup>168</sup> ARTAVIA ARAYA, Fernando. *Decisiones publicas, beneficios privados. Consideraciones teóricas en torno a la corrupción*. RCS N° 119 (Universidad de Costa Rica). Año 2008. pág. 18. “Cuando en muy pocas manos se concentra el poder para asignar un beneficio o un costo al sector privado, es posible que se estén creando los primeros incentivos para el soborno, en tanto las empresas y los particulares podrían verse tentados a realizar pagos ilícitos para alcanzar ciertos beneficios y evitar ciertos costos. En ese sentido, la corrupción depende en buena medida de la magnitud de los beneficios y los costos que se hallan bajo el control de los agentes decisores”.

<sup>169</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *La moderna victimología*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1998. pág.169.

<sup>170</sup> Según la clasificación de LANDROVE, estos particulares podrían identificarse como víctimas participantes voluntarias, ya que el particular desempeñan un cierto papel en la génesis del delito. En estos casos el delito es el resultado de una instigación de la propia víctima, del victimario o de un pacto voluntariamente asumido entre las partes (LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *La moderna victimología*. op. cit. pág. 43). Así también, BUENO ARUS, Francisco. *Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia*. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2008. pág. 391.

el empobrecimiento. NÚÑEZ LAGOS sostiene que lo que se quiere expresar con esta frase es que entre ambos fenómenos debe existir una correlación, correspondencia, es decir, un vínculo de conexión que es fácil de apreciar<sup>171</sup>. Existen ordenamientos jurídicos que omiten el requisito del correlativo empobrecimiento, siendo suficiente que el enriquecimiento se haya producido de manera injusta y a “costa de otro”, como ocurre en Alemania, Japón y Portugal<sup>172</sup>.

Contrariamente a lo que se requiere en el ámbito civil, en los hechos que persigue el delito de enriquecimiento ilícito es muy difícil que el correlativo empobrecimiento del particular o del Estado que produce el incremento patrimonial del funcionario salga a la luz o al conocimiento público, debido al carácter subrepticio que caracteriza a estos hechos o porque las víctimas deciden no denunciarlos, pasando a formar parte de la gran cifra negra que existe en relación a los hechos de corrupción<sup>173</sup>. Con acierto STABILE VÁZQUEZ menciona que si se desconoce el hecho concreto que da origen al enriquecimiento del funcionario, es lógico que también se ignore si hubo algún sujeto perjudicado patrimonialmente por aquel enriquecimiento ilícito<sup>174</sup>. De ahí que todo enriquecimiento patrimonial de un funcionario que no guarda relación con sus ingresos legítimos, se presume que ha sido producido por la distracción de fondos públicos o por las dádivas y beneficios económicos proporcionados por los particulares que participan o son víctimas de los hechos de corrupción, y que debido a su carácter oculto no pueden probarse.

Los particulares que participan en hechos de corrupción pueden catalogarse según la clasificación de LANDROVE como “víctimas colectivas”, en el sentido de que su identificación es casi siempre difícil por la existencia de una despersonalización y anonimato en las relaciones entre el funcionario y el cliente, razón por la que también son conocidos como aparentes delitos sin víctimas, de víctima oculta o de elevada cifra negra<sup>175</sup>. La calificación de víctima que estamos atribuyendo a estos particulares no tiene el mismo alcance o significado en las distintas disciplinas científicas que estudian el fenómeno criminal. El autor recién citado menciona que en la ciencia penal, lo normal y en orden a los sujetos afectados por el delito es distinguir entre sujeto pasivo quien es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la infracción, y el perjudicado por el hecho criminal que puede coincidir o no con el sujeto pasivo, que en

<sup>171</sup> NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*. op. cit. pág. 112.

<sup>172</sup> FABREGA PONCE, Jorge. *El enriquecimiento sin causa*. op. cit. pág. 283.

<sup>173</sup> DE JORGE MESAS, Luis Francisco. *La eficacia del sistema penal*. Criminología. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid. Año 1994. pág. 77 “El elemento fundamental que determina el campo negro del delito es la víctima, con su decisión de denunciar o no denunciar, ya que la estadística y la observación cotidiana de la realidad demuestran que prácticamente sólo se persiguen los delitos denunciados. En tal decisión influyen numerosos factores, como el impacto psicológico del delito en la víctima, que tiende a acentuar la no disposición a denunciar, el medio a represalias, la relación con el autor, la pertenencia de la víctima a colectivos marginales, etc. Pero sobre todo, destacan la desconfianza de la víctima hacia los órganos del sistema penal, por la creencia en su ineficacia, y el propósito de evitarse los posteriores perjuicios y molestias que se derivan para el denunciante”.

<sup>174</sup> STABILE VÁZQUEZ, Agustina. *Responsabilidad patrimonial del funcionario público en el delito de enriquecimiento ilícito*, en: Bruzzone, Gustavo; Gullco, Hernán (Coordinadores): *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. pág. 123.

<sup>175</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *La moderna victimología*. op. cit. pág. 47. Comenta ABANTO VÁSQUEZ que puede parecer extraño que muchas estadísticas arrojen cifras reducidas de corrupción, en contra del sentir general de la población. La explicación de ello no está en que haya menor corrupción de la que se piensa. Para este autor lo que sucede es que en la corrupción usualmente no existe una víctima concreta interesada en la persecución penal, tal como existe en otros delitos. Así, en el pacto injusto participan el funcionario y el interesado, y normalmente, por temor a la pena, ninguno de ellos quiere que los hechos sean descubiertos. Al desaparecer la víctima concreta tampoco existe el informante típico que puede activar la persecución penal y, como resulta difícil que haya testigos de los hechos, puede suponerse que la cifra oscura de este tipo de criminalidad sea muy elevada. En los casos en los cuales los funcionarios y los interesados han estado relacionados durante mucho tiempo, solamente pueden ser descubiertos gracia al azar, a la autodenuncia de alguno de los participantes, a denuncias anónimas o a investigaciones periodísticas (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado*, en: Losano, Mario; Muñoz Conde, Francisco (Coordinadores): *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2004. págs. 279 y 280).

cualquier caso suelen considerarse abarcados por la expresión víctima<sup>176</sup>. En victimología<sup>177</sup> el término víctima se acerca más a la palabra perjudicado que es usada normalmente para designar a todas aquellas personas que han sufrido personalmente las consecuencias del delito, lo cual surtiría efectos estrictamente en lo relativo a la responsabilidad civil ex delicto<sup>178</sup>. Sin embargo, cuando se considera víctima a los particulares que participan en los hechos de corrupción, se está utilizando un significado que se acerca más al criminológico, referido a la posición subjetiva de quienes entran en relación directa con el delincuente y han de soportar su conducta ilícita y sus efectos.

#### **6.4. La falta de causa de los enriquecimientos injustos del Derecho Civil y la ilicitud de los enriquecimientos de los funcionarios en el Derecho penal.**

Como se ha señalado en los apartados anteriores, la doctrina y la jurisprudencia del Derecho civil han establecido a la institución del enriquecimiento injusto cuatro elementos: un enriquecimiento, un empobrecimiento, la relación causal entre estos dos elementos y que el enriquecimiento se haya producido sin una causa prevista en el ordenamiento jurídico. En cuanto al cuarto requisito citado, el delito de enriquecimiento ilícito se ha apartado totalmente del criterio asumido por el Derecho civil para justificar la prohibición de los enriquecimientos injustos. Esto es debido a que si bien el Derecho civil como el Derecho penal efectúan una valoración de los enriquecimientos indeseables que pretenden regular, cada uno posee unos fundamentos distintos para emitir el juicio negativo que motiva la correspondiente consecuencia jurídica de acuerdo a la naturaleza de cada ámbito jurídico (la obligación de restitución y la imposición de una pena).

El Derecho civil fundamenta la prohibición de los enriquecimientos cuando son realizados sin una justa causa, es decir, sólo permite los desplazamientos de bienes y valores de un patrimonio a otro cuando son realizados a través de un título jurídico válido y bajo los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico. En este ámbito jurídico la prohibición de los enriquecimientos radica en la injusticia que crean los desplazamientos de valores económicos realizados sin una causa jurídica, constituyendo ésta el centro de gravedad de la institución<sup>179</sup>. En cambio, en el delito de enriquecimiento ilícito los bienes que incrementan el patrimonio del funcionario siempre se introducen a través de una causa o título jurídico lícito previsto en el ordenamiento (propiedad, posesión o usufructo)<sup>180</sup>.

Entonces, ¿en que se basa la ilicitud de los enriquecimientos experimentados por los funcionarios? De la interpretación de la estructura típica de este delito se infiere que la referencia para fundamentar la ilicitud del enriquecimiento patrimonial experimentado por un funcionario constituye la capacidad económica que le otorga sus ingresos legítimos (su remuneración legal y cualquier otra fuente lícita declarada). Si del examen técnico contable realizado al patrimonio del funcionario se llegase a la conclusión de que su capacidad económica no tiene la suficiente entidad para solventar el valor de los bienes que ha adquirido o de las obligaciones que ha extinguido, el legislador considera ilícito ese enriquecimiento porque presume que el funcionario ha podido incrementar su patrimonio con los beneficios obtenidos de la comisión de actos de corrupción durante el ejercicio de su cargo. Por lo tanto, la ilicitud

<sup>176</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *La moderna victimología*. op. cit. pág. 160.

<sup>177</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología*. op. cit. pág. 183 “La Victimología sería la ciencia que se ocupa de agrupar y sistematizar el saber empírico sobre la víctima del delito”.

<sup>178</sup> TAMARIT SUMALLA, Josep. *La víctima en el Derecho penal. De la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima*. Editorial Aranzadi. Pamplona. Año 1998. pág. 150.

<sup>179</sup> FABREGA PONCE, Jorge. *El enriquecimiento sin causa*. op. cit. pág. 320.

<sup>180</sup> Esta postura ha sentado jurisprudencia en la CSJ de Colombia. Por ejemplo, la Sala de casación de la Corte por Sentencia de fecha 18 de julio de 2001 ha señalado que en el delito de enriquecimiento ilícito el incremento de los haberes del autor corresponden siempre a un justo título.

del enriquecimiento de un funcionario radica en su falta de correspondencia con la capacidad económica que le otorga sus ingresos legítimos, circunstancia que no explicaría razonablemente la adquisición de los bienes o la extinción de las obligaciones que producen el incremento de su patrimonio.



## Capítulo VI

# LA INCRIMINACIÓN DE LOS ENRIQUECIMIENTOS PATRIMONIALES INJUSTIFICADOS DE LOS FUNCIONARIOS EN LA VIGENTE LEGISLACIÓN PENAL

### EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO PREVISTO Y PENADO EN LA LEY N° 2523 DEL AÑO 2004

#### 1. ANTECEDENTES NACIONALES.

La conveniencia de un apartado que analice de forma sucinta los antecedentes legislativos del delito de enriquecimiento ilícito se justifica en que nos permite conocer cuáles han sido las originarias consideraciones político criminales que han motivado la introducción innovadora de este delito en el Derecho positivo paraguayo, como así también los aspectos fundamentales de su injusto penal. Bien dice JIMÉNEZ DE ASÚA: “El Derecho penal vigente no surge de una vez, por un capricho o por una arbitrariedad, sino que es el producto de una evolución histórica. Por eso puede ser necesario, para captar la esencia de un precepto legal o de una ley, conocer su historia”<sup>1</sup>.

El delito de enriquecimiento ilícito vigente en la legislación penal paraguaya tiene como antecedente inmediato al delito de enriquecimiento ilegítimo previsto y penado en el Decreto-Ley del Poder Ejecutivo N° 448 de fecha 18 de marzo de 1940 (DL N° 448/40)<sup>2</sup>, que complementaba el Libro II, Sección II, Capítulo V “Delitos contra la Administración Pública” del CPPyo de 1910<sup>3</sup>. Esta figura penal tuvo plena aplicación durante sesenta y cuatro años, hasta que fue derogado expresamente por la Ley N° 2523/04. De esta manera, puede decirse que el Paraguay es una de las primeras naciones americanas que ha incriminado el aumento patrimonial injustificado de los funcionarios públicos como delito autónomo.

La exposición de motivos del DL N° 448/40 reza lo siguiente: “*La Administración Pública, se caracteriza por la probidad y dignidad de sus miembros, la mayoría de los cuales ejercen sus funciones con dedicación, a pesar de que notoriamente la asignación de que gozan no está a la altura de sus necesidades, por la precariedad de los recursos del erario. De ahí la urgencia de que, para escudar a los funcionarios, dicte el Poder Público una disposición de carácter defensivo más que represivo, a que pueda apelarse para ampararlos de los hábitos perniciosos de la intriga y la falacia, ya que han dedicado sus mejores energías al servicio de los intereses nacionales confiados a su custodia. El enriquecimiento ilegítimo del funcionario*”

---

<sup>1</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal*. Tomo II. 4ª Edición. Editorial Losada. Buenos Aires. Año 1977. pág. 453.

<sup>2</sup> Vid: *Código penal de la República del Paraguay y leyes complementarias actualizadas*. Instituto de Ciencias Penales del Paraguay. 1º Edición. Editorial Continental. Asunción. Año 1992. págs. 155-158; *Compilación de leyes penales especiales complementarias al código penal*. Tomo II. Volúmen I. Corte Suprema de Justicia. República del Paraguay. Año 2001 pág. 11. Dispone en: [www.pj.gov./ebook/sitios/Libros/Leyes\\_penales\\_especiales.pdf](http://www.pj.gov./ebook/sitios/Libros/Leyes_penales_especiales.pdf).

<sup>3</sup> GONZÁLEZ, Teodosio. *Lecciones de Derecho penal*. Tomo I. 3ª Edición. Editorial Cerro Corá. Asunción. Año 1982. pág. 206 “El Código Penal paraguayo, vigente, es el promulgado por ley del 22 de febrero de 1910, con las pequeñas modificaciones que le introdujo la ley del 18 de junio de 1914. Antes de este código nos rigieron durante la colonia: las Leyes de Partida con las modificaciones y agregaciones que le llevaron las leyes conocidas con los nombres de Ordenamiento de Alcalá (1348), las Ordenanzas reales de Castilla (1484), las Leyes de Toro (1505), las Leyes de Indias (1528), la Nueva Recopilación Castellana (1567) y la Novísima Recopilación (1805). Emancipado de la metrópoli, el Paraguay, durante los gobiernos de Francia y de los López, siguió rigiéndose virtualmente por las leyes españolas expresadas, pero en realidad, por la voluntad omnímoda de sus dictadores. Llegado el país a la era constitucional, el Poder Legislativo, se apresuró a dotar a la nación de un Código Penal, adoptado como tal, por ley del 24 de agosto de 1871, el proyecto de Código Penal confeccionado para la provincia de argentina de Buenos Aires, por el famoso juriconsulto criminalista Dr. Carlos Tejedor. Este Código con las modificaciones que le imprimió la ley del 21 de julio de 1880, rigió hasta el año 1910, en que se dictó el Código Penal vigente”.

*mediante el ejercicio deshonesto del cargo o de la influencia derivada de él, debe incorporarse a nuestra legislación en calidad de delito, a fin de que la sociedad no solo castigue a quienes se amparan en sus posiciones para cohonestar la dignidad y el decoro de las funciones públicas, sino también para defender a quienes por su probidad merecen todas las consideraciones que se deben a quienes han servido al país con lealtad y patriotismo”.*

La doctrina ha señalado que los delitos de funcionario público comprendidos en el CPPyo de 1910 tenían por fin tutelar penalmente la administración pública, amparando la corrección y honradez de su funcionamiento<sup>4</sup>, lo cual indicaría que el legislador de aquella época no sólo pretendía proteger el correcto ejercicio de las funciones públicas evitando las violaciones más graves de los deberes del cargo, sino también deberes éticos que debían ser observados por el funcionario, que al no ser cumplidos correctamente se creaba un peligro a la confianza ciudadana puesta en ellos. Aunque estas consideraciones pueden observarse en la exposición de motivos del DL N° 448/40 que aludía la existencia de determinados actos realizados por funcionarios que rozaban con la moral y la ética que debía imperar en la función pública en todo momento, siendo necesaria la evitación de estos comportamientos a través del delito de enriquecimiento ilegítimo; puede afirmarse que esta figura penal no tenía la finalidad directa de tutelar los intereses recién señalados, sino evitar el alto grado de impunidad que adolecía la función pública paraguaya en la primera mitad del siglo pasado en relación con los hechos de corrupción. El propio legislador reconocía en la propia exposición de motivos que muchos de los comportamientos con los cuales los funcionarios públicos se enriquecían ilegítimamente no podían ser investigados ni juzgados porque escapaban a la órbita legal prevista en el código penal<sup>5</sup>. Por tanto, no existe duda de que el enriquecimiento ilegítimo fue tipificado como un delito subsidiario que tenía aplicación cuando determinados hechos de corrupción no podían enjuiciarse, garantizándose que los obstáculos derivados de las deficiencias del legislador no dejen sin castigo a estos hechos socialmente indeseables.

El DL N° 448/40 preveía en sus arts. 1 y 2 la estructura normativa del delito de enriquecimiento ilegítimo:

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

Art. 2. Se considera enriquecimiento ilegítimo el aumento o acrecentamiento del patrimonio que no proviniere: a) de los emolumentos legales del cargo; b) del ejercicio de profesión, oficio o trabajo lícito compatible con la función pública; c) de aumento o acrecentamiento natural de los bienes que se tenían al iniciarla o que se adquieran lícitamente después, de acuerdo con la declaraciones juradas prescriptas por el art. 8, de esta ley; d) de herencia, legado o donación, por causa extraña a la función, probada por escritura pública; e) de hechos fortuitos lícitos debidamente comprobados.

Conforme a la redacción del tipo penal de referencia, el enriquecimiento ilegítimo era considerado un delito especial propio puesto que sólo podía realizar la conducta punible en calidad de autor un funcionario público. El art.1 del DL N° 448/40 describe al sujeto activo

<sup>4</sup> MARTÍNEZ MILTOS, Luis. *Consideraciones sobre la reforma de nuestra legislación penal*. RJLL (Paraguay). Tomo I. Año 1979. pág. 174; GONZÁLEZ, Teodosio. *Lecciones de Derecho penal*. Tomo II. op. cit. pág. 182.

<sup>5</sup>VILLAREJO sumaba a esta situación la impunidad derivada de la incapacidad de averiguar de los órganos de persecución penal (VILLAREJO, José Santiago. *El decreto 448/40. Sobre enriquecimiento ilícito del funcionario público*. RJLL (Paraguay) Tomo 13. Año 1990. pág. 741).

expresando “todo funcionario o empleado de cualquier clase o jerarquía, sea designado por nombramiento o elección”, por lo que podía ser autor cualquier persona que prestaba servicios en la administración pública, sin importar la clase o jerarquía que pudiera ostentar su cargo. La descripción de la conducta típica encuentra su núcleo en el verbo «enriquecerse», que se entiende como la apreciación de un incremento de los bienes que forman parte del patrimonio del funcionario público durante la vigencia de su relación funcional con el Estado. La conducta punible sólo preveía la posibilidad del «enriquecimiento positivo», es decir, cuando se acreditaba la incorporación de nuevos bienes que alteraban la situación patrimonial del sujeto activo y le generaban ventajas o beneficios. Esto demuestra que el grado de evolución legislativo de este delito no estaba lo suficientemente desarrollado porque la conducta punible no incluía la posibilidad del «enriquecimiento negativo» que se da cuando el sujeto obtiene ventajas económicas al evitar la disminución de su patrimonio. Los actos que producían el aumento patrimonial excesivo podían realizarse directamente por el funcionario o a través de la actuación de personas interpuestas. Además, el legislador había incluido como elementos objetivos del tipo penal las conductas disfuncionales con las que el funcionario debía originar su enriquecimiento ilegítimo, siendo éstas el ejercicio ilegal o deshonesto del cargo, o la influencia derivada del mismo.

La ilicitud del enriquecimiento se sustentaba en una presunción legal *iuris tantum*, pues el tipo penal admitía la posibilidad de que el funcionario público pueda desvirtuar la presunción de ilicitud que pesaba sobre su patrimonio mediante la justificación del origen lícito de los bienes que había obtenido durante el ejercicio de su cargo, en virtud a unas determinadas fuentes de adquisición de riqueza que el propio legislador había dispuesto en el art.2 del DL N° 448/40<sup>6</sup>. De acuerdo a este precepto queda claro que la única manera que tenía el funcionario de desacreditar la presunción de que se había enriquecido por la influencia o el ejercicio ilegal de su cargo era justificando por cualquier medio probatorio que los bienes que incrementaron su patrimonio habían sido obtenidos por alguno de los supuestos establecidos en la ley.

Por otra parte, la doctrina paraguaya ha cuestionado duramente el contenido del art.3 del DL N° 448/40 que establecía una regla de orden procesal *la prueba de que el enriquecimiento proviene de las causas mencionadas incumbe siempre al funcionario*, ya que planteaba la inversión de la carga de la prueba exigiendo al funcionario público la demostración del origen lícito de los bienes que habían aumentado excesivamente su patrimonio<sup>7</sup> de acuerdo a las fuentes de adquisición previstas en el Decreto-Ley, lo que contradecía gravemente los postulados básicos de todo Estado Social y Democrático de Derecho al vulnerar los derechos fundamentales reconocidos a toda persona sujeta a un proceso penal como son el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a que sea el Estado el encargado de acreditar su culpabilidad. Este precepto demostraba la decisión del legislador de presumir la culpabilidad de toda persona que hubiese sido enjuiciada por el delito de enriquecimiento ilegítimo, teniendo el imputado la carga procesal de desvirtuar el estado de sospecha que recaía en su persona, pues de lo contrario era condenado<sup>8</sup> a la pena de prisión de uno a diez años o a la de inhabilitación para

<sup>6</sup> Desde nuestro punto de vista no ha sido acertada la decisión del legislador de redactar una norma conteniendo una enumeración limitada de fuentes de adquisición con las que el funcionario público podía desvirtuar la presunción de ilicitud que pesaba sobre su patrimonio. En efecto, la casuística nos enseña que el funcionario imputado por este delito tenía a su disposición una infinidad de posibilidades distintas a los supuestos previstos en el art. 2 del DL N° 448/40 para demostrar la licitud de su aumento patrimonial.

<sup>7</sup> En cambio, para PRIETO el art. 3 del DL N° 448/40 sólo interpone un hecho que sirve de indicio suficiente como presunta transgresión de la ley: la desproporción observada entre la declaración jurada y los bienes posteriormente aparecidos. Para este autor el precepto en cuestión no invierte la carga de la prueba, sino que constituye un requisito establecido en exclusivo resguardo del derecho de defensa en juicio (PRIETO, Justo José. *Prevención y represión del enriquecimiento ilegítimo*. RJLL (Paraguay) Tomo 12. Año 1989. pág.680).

<sup>8</sup>Esta situación se refleja perfectamente en la AyS de fecha 5 de febrero de 1993 dictado por la Primera Sala del TAC de la Capital: “El encausado Adán Godoy Jiménez había percibido en concepto de emolumentos emergentes

ejercer cargos públicos por el mismo tiempo. A pesar de haber instaurado la CNP de 1992 un nuevo régimen de garantías procesales al que debían adecuarse las disposiciones del DL N° 448/40, no fue hasta el año 2005 en que la CSJP por AyS N° 278 de fecha 12 de mayo, declaró la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del art.3 del citado cuerpo normativo.

El máximo órgano judicial ha reconocido en esta sentencia que la norma impugnada establece una presunción de ilicitud de todo incremento que no proviniera de las fuentes previstas en el art.2 del DL N° 448/40, e impone al funcionario la carga de probar que su incremento patrimonial es lícito cuando no son de las previstas en la norma. Además, sostiene que la carga de la prueba contemplada en el art.3 del DL N° 448/40 es violatorio del derecho al debido proceso contenido en el art.17 de la CNP, pues traslada la carga de la prueba a quien no le corresponde probar nada dentro del proceso penal, es decir, al imputado. La norma impone que el encausado por un delito de enriquecimiento ilegítimo deba ponerse en la tarea de justificar todos los ingresos y bienes de fortuna que posea, cuando es el acusador quien debe adelantar todos los medios probatorios idóneos que de alguna manera lleven al juzgador a actuar conforme a derecho.

Sin embargo, la declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad del precepto en estudio ha llegado demasiado tarde, pues al momento de dictarse el AyS N° 278 de fecha 12 de mayo de 2005 el DL N° 448/40 ya se encontraba derogado por expresa disposición del art. 10 de la Ley N° 2523/04, quedando en letra muerta y sin ningún valor los fundamentos esgrimidos en la resolución antes citada<sup>9</sup>. Esto demuestra el poco interés por parte del Poder Judicial en expedirse sobre los controvertidos aspectos de la estructura típica del delito que analiza este trabajo de investigación, aunque esta actitud no sólo puede reprocharse al Estado paraguayo ya que muchos de los países que incriminan el enriquecimiento injustificado de los funcionarios públicos han seguido el mismo ejemplo.

## **2. EL CÓDIGO PENAL DE 1997 Y LA TIPICACIÓN DEL NUEVO DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEY N° 2523 DEL AÑO 2004.**

Una vez derrocada la dictadura del General Alfredo Stroessner, la República del Paraguay sancionó en el año 1992 su nueva Constitución nacional<sup>10</sup>, la cual se asienta sobre conceptos básicos democráticos que valoran como centro neural del ordenamiento jurídico y

---

del cargo de ministro del Poder Ejecutivo, desde el mes de agosto de 1969 hasta enero de 1989, la suma de Gs. 48.433.667. Por su parte, la evaluación de sus bienes asciende a Gs. 132.360.000. Por tanto, la diferencia entre sus ingresos como emolumento propio del cargo y la que corresponde al valor de sus bienes, debe considerarse como enriquecimiento ilícito. A esta conclusión se llega por *no haber justificado en forma idónea, dicho procesado, el remanente o diferencia entre sus ingresos y la evaluación de sus bienes*. Recordemos que por disposición del Decreto 448, la prueba de la licitud de tales ingresos corresponde al acusado”. El mismo razonamiento jurídico puede observarse en la Sentencia N° 57 de fecha 9 de octubre de 1991 dictado por el Juzgado en lo Penal del 11° Turno de la Capital: “El encausado en su indagatoria y a manera justificatoria de su caudal de fortuna ha referido que los mismos los ha adquirido con el producido de sus salarios, sueldos, honorarios, viáticos, dividendos; *sin aportar probanza alguna legal, contraviniéndose en consecuencia las disposiciones del Art. 3ro. Del Decreto N° 448*”.

<sup>9</sup> Por ello la CSJP resolvió declarar de oficio la nulidad del AyS N° 278, por AyS N° 406 de fecha 7 de junio del mismo año, argumentando que se había analizado la constitucionalidad de una ley que al tiempo de dictarse la sentencia ya había sido derogada por otra ley posterior.

<sup>10</sup> CAMACHO, Emilio. *La constitución paraguaya de 1992 y su significación en el constitucionalismo paraguayo*, en: Morodo, Raúl; De Vega, Pedro (Coordinadores): *Estudios de teoría del Estado y Derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*. Tomo II. Universidad Complutense de Madrid. Año 2001. pág. 798 “La Constitución Nacional de 1992 supuso una profunda revolución jurídica en la historia paraguaya, tanto que afectó decisivamente al tipo mismo de Estado, a los poderes públicos, a las garantías constitucionales, a la estructura política y social del país y contiene normas que atacan directamente la férrea tradición autoritaria y presidencialista vigente hasta entonces. Con ella se abría con fuerza el camino de la democracia”.

social al hombre y a su dignidad<sup>11</sup> –y no sobre el Estado como lo hacían las anteriores–<sup>12</sup>, constituyéndose además en Estado Social de Derecho. Habiendo reconocido a la dignidad humana como valor fundamental, la CNP ha establecido un marco normativo que incluye un conjunto de principios, derechos y garantías con el fin de proteger a los ciudadanos de cualquier clase de abuso por parte de los órganos estatales, pues en el anterior orden constitucional el pueblo no gobernaba ni deliberaba sino a través de sus representantes, teniendo el Estado un poder casi absoluto sobre la sociedad.

En la década de los noventa de la centuria pasada, muchas de las disposiciones jurídicas (de ríngame causalista) del CPPyo de 1910 se contradecían con los postulados consagrados en la nueva Constitución, que al ser de rango inferior quedaban nulas e inaplicables. Estas contradicciones habían demostrado que la legislación penal era obsoleta y arcaica, inadaptada a la realidad social y a las verdaderas necesidades de los ciudadanos, y por sobre todo, no estaba incardinada y adecuada a los principios fundamentales de la Constitución<sup>13</sup>. Estas circunstancias y la incorporación al ordenamiento jurídico paraguayo de varios instrumentos internacionales que vinieron a complementar las bases normativas de la Constitución (como es el caso de la introducción al ordenamiento jurídico de la CADH<sup>14</sup>), fueron las principales razones que motivaron la necesidad de renovar la legislación penal.

En el año 1994 comenzó a prepararse un anteproyecto de código penal bajo la coordinación ejecutiva del entonces fiscal general del Estado Luis Escobar Faella y con la participación fundamental del jurista alemán Wolfgang Schöne, que fue presentado al Congreso de la nación paraguaya en 1995. Este proyecto obtuvo un amplio consenso por parte de los tres poderes del Estado y fue sancionado como código penal de la República del Paraguay mediante la Ley N° 1.160 de fecha 16 de octubre de 1997<sup>15</sup>. Puede decirse que el proyecto que constituyó la base del código penal era una versión casi literal y poco afortunada del código penal vigente en la República federal alemana, hasta el punto que RIVACOBÁ ha señalado que sería más apropiado denominarlo “proyecto de Schöne para el Paraguay”<sup>16</sup>.

La parte especial del código contiene las conductas –acciones y omisiones– delictivas que constituyen los delitos (hecho punible según la nueva nomenclatura adoptada por el

<sup>11</sup> La dignidad humana como valor fundamental del Estado y sistema de gobierno paraguayo es reconocida en el preámbulo de la CNP de 1992: “El pueblo paraguayo, por medio de sus legítimos representantes reunidos en Convención Nacional Constituyente, invocando a dios, reconociendo la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa y pluralista, ratificando la soberanía e independencia nacionales, e integrado a la comunidad internacional, sanciona y promulga esta constitución”.

<sup>12</sup> NÚÑEZ RODRÍGUEZ, Víctor Manuel. *La constitución y el nuevo Sistema penal*, en: Camacho, Emilio; Lezcano Claude, Luis (Compiladores): Comentario a la constitución. Homenaje al décimo aniversario. Tomo II. Corte Suprema de Justicia. Asunción. Año. 2002. pág. 127.

<sup>13</sup> Al respecto CASAÑAS LEVI menciona que el Código Penal de 1910 contenía rasgos fuertemente inquisidores que no respetaban los principios fundamentales de la CNP de 1992. Como ejemplo, cita que el art. 16 del citado código consideraba que toda acción se cometía con intención criminal lo que violentaba claramente el principio de inocencia. Por otro lado, el art. 51 definía la pena como el mal que se impone al culpable, concepción que contradecía el principio de dignidad humana, ya que infringir un mal no podía ser jamás un objetivo trazado por un Estado Democrático (CASAÑAS LEVI, José Fernando. *Manual de Derecho penal. Parte general*. 3ª Edición. Editorial Continental. Asunción. Año 2006. pág. 28).

<sup>14</sup> La CADH fue introducida al ordenamiento jurídico paraguayo por Ley N° 1 de fecha 24 de agosto de 1989.

<sup>15</sup> Disponible en: [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_pry\\_penal.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_pry_penal.pdf).

<sup>16</sup> RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel. *Consideraciones críticas de carácter general acerca del proyecto de código penal para el Paraguay*. RDPC N° 6. Año 1996. Pág. 1284. Señala GUZMÁN DALBORA que el proyecto distaba mucho de constituir una novedad en el panorama político criminal contemporáneo, pues era apenas una versión casi textual y desde luego bastante desdichada del código penal vigente en la república federal de Alemania, y a parte de estar escrito en un idioma que, con su piélago de faltas y errores elementales, denuncia la mano de un redactor ajeno a la lengua de castilla (GUZMÁN DALBORA, José Luis. *El nuevo código penal del Paraguay*. RDPC N° 4. Año 1999. pág. 629).

código<sup>17</sup>) merecedores de sanción penal, las cuales se agrupan según el bien jurídico que vienen a proteger, y en ese sentido contiene nueve títulos que se vuelven a subdividir en diversos capítulos (que agrupan conductas punibles afines a las distintas formas de ataque). El Título VIII contiene a los hechos punibles contra las funciones del Estado, cuyo Capítulo III se refiere a los hechos punibles contra el ejercicio de funciones públicas siendo de especial importancia este grupo de delitos para nuestro objeto de estudio. Este capítulo agrupa una serie de conductas delictivas que representan un mismo interés común que es el correcto desempeño de las funciones públicas –según los parámetros constitucionales– comprensiva de las actividades estatales administrativa, judicial, legislativa y de los órganos extra-poderes previstos en la Constitución, y tienen la finalidad de prevenir en general cualquier tipo de abuso cometido por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, y en especial, aquellos encaminados a la obtención de un beneficio económico indebido.

Estos ilícitos penales son cometidos en su mayoría por quienes forman parte del seno interno de la función pública –los funcionarios públicos–, y también, en ciertos casos, por particulares ajenos a esa organización. Coloquialmente reciben la denominación de «delitos de funcionario» y según la configuración del Título VIII, Capítulo III del CPPyo han sido tipificados dieciocho (18) hechos punibles: 1) Cohecho pasivo, 2) Cohecho pasivo agravado, 3) Soborno, 4) Soborno agravado; 5) Prevaricato, 6) Traición a la parte, 7) Lesión corporal en ejercicio de funciones públicas, 8) Coacción respecto de declaraciones, 9) Tortura, 10) Persecución de inocentes, 11) Ejecución penal contra inocentes, 12) Exacción, 13) Cobro indebido de honorarios, 14) Infidelidad en el servicio exterior, 15) Revelación de secretos de servicios, 16) Difusión de objetos secretos, 17) Violación del secreto de correo y telecomunicación, y 18) Inducción a un subordinado a un hecho punible.

Como puede observarse, el incremento excesivo e injustificado del patrimonio de los funcionarios públicos no fue previsto como conducta punible en el CPPyo de 1997 dentro del capítulo que reúne los hechos punibles contra el ejercicio de las funciones públicas. Este “olvido” posiblemente fue a raíz de que al tiempo de la sanción del nuevo código penal se encontraba todavía vigente el DL N° 448/40 que contenía el delito de enriquecimiento ilegítimo, y en atención a la costumbre ya enraizada del legislador paraguayo de sancionar y mantener delitos en leyes especiales complementarias al código penal.

El delito de enriquecimiento ilegítimo siguió vigente por más de siete años después de la sanción del nuevo CPPyo de 1997, hasta que el Congreso de la nación paraguaya propusiera su modificación movido por los movimientos de reforma de la legislación penal latinoamericana en materia de corrupción impulsados por la CICC. Sin embargo, esta iniciativa no tuvo un real impulso sino hasta la aprobación de la CNUCC en el año 2003 que encomendaba a los países firmantes a evaluar si sus instrumentos jurídicos internos eran aptos para combatir eficazmente la corrupción. Habiendo ratificado el Paraguay los citados instrumentos internacionales quedó obligado a realizar una evaluación de su legislación anticorrupción, y en cumplimiento de dicho mandato se pudo constatar que el delito de enriquecimiento ilegítimo no había sido introducido en el nuevo código penal ni derogado expresamente por el mismo, por lo que seguía vigente por más de sesenta años en un instrumento jurídico de dudosa constitucionalidad (Decreto-Ley) que resultaba obsoleto y contradictorio a los cambios que el Estado paraguayo había introducido a su legislación penal mediante la CNP de 1992.

---

<sup>17</sup> Art. 14 del CPPyo: Definiciones. 6) hecho punible: “un hecho antijurídico que sea reprochable y reúna, en su caso, los demás presupuestos de la punibilidad”. Manifiesta GONZÁLEZ MACCHI que el término “hecho punible” es la denominación con la cual el CPPyo de 1997 concibe genéricamente a los crímenes y delitos, aunque tradicionalmente haya sido el término delito el más comúnmente utilizado (MACCHI, José Ignacio. *Introducción al Derecho penal paraguayo*. op. cit. pág. 30).

Este estado de cosas evidenció la necesidad de actualizar la legislación penal en cuanto a la prohibición de los enriquecimientos injustificados en la función pública, que sólo podía satisfacerse mediante la configuración y tipificación de una nueva conducta criminal que no sólo estuviese acorde al modelo de conducta previsto en las CICC y CNUCC, sino también acorde al código penal vigente de 1997. A instancias de dos representantes de la cámara de Senadores<sup>18</sup> se presentó un Proyecto de Ley especial complementaria al código penal que incluía además del delito de enriquecimiento ilícito, el tráfico de influencias, conducta punible que se pretendía introducir por primera vez en la legislación penal paraguaya. Fue así que después de un arduo debate legislativo<sup>19</sup>, y en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de corrupción, el honorable Congreso de la nación paraguaya resolvió sancionar la Ley N° 2523 de fecha 7 de octubre de 2004 “Que previene, tipifica y sanciona el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y el Tráfico de Influencias”<sup>20</sup>, la cual derogaba expresamente el DL N° 448/40 por disposición de su artículo décimo<sup>21</sup>.

El legislador nuevamente decidió utilizar a las leyes especiales como medio de incriminación de nuevos tipos penales complementarios al código penal, en vez de integrarlos directamente a dicho cuerpo legal mediante la técnica legislativa de la reforma. De hecho, los propios anteproyectistas del CPPyo de 1997 exponían sus dudas acerca de la racionalidad de que existan tantos tipos penales esparcidos en numerosas leyes especiales al manifestar: “en cuanto a los numerosos hechos punibles descritos en las leyes especiales, ha sido imposible ni conveniente incorporarlos todos en la Parte Especial de éste Código. La revisión de la tipificación actual de las conductas pertenecientes a las materias atendidas por la legislación especial debe ser remitido a las próximas etapas de la reforma del orden jurídico penal”<sup>22</sup>. Según lo transcrito, los mismos diseñadores del código habían señalado que dadas las circunstancias era imposible incorporar todos los delitos previstos en leyes especiales dentro del CPPyo de 1997, pero que esa intención –la de codificar todos los delitos en un solo cuerpo legal– debía hacerse en las posteriores etapas de la reforma del orden jurídico penal, supuesto que no ha sucedido hasta el día de la fecha.

Es claro el mensaje que los anteproyectistas dirigían al futuro legislador penal. La técnica legislativa de crear leyes especiales para incriminar nuevos delitos es del todo criticable, puesto que lo recomendable es que una determinada rama del Derecho esté codificada mediante una regulación unitaria y ordenada de sus normas<sup>23</sup>. Aunque el CPPyo dispone en su art. 4 la

<sup>18</sup> El Proyecto de Ley denominado “Que previene y sanciona la corrupción, el enriquecimiento ilícito y el tráfico de Influencias” fue presentado en la Cámara de Senadores por los legisladores José Nicolás Morinigo y Carlos Filizzola.

<sup>19</sup> Este proyecto de ley tuvo su iniciativa legislativa en la Cámara de Senadores en la que fue aprobado en fecha 14 de junio de 2004, siendo posteriormente remitido a la Cámara de Diputados en la que fue rechazada. De acuerdo al art. 206 de la CNP, el proyecto fue remitido nuevamente a la cámara de origen en la que fue ratificada por todos sus miembros, pasando nuevamente a la cámara revisora (diputados) que finalmente aceptó la ratificación de la Cámara de Senadores en fecha 25 de noviembre de 2004, quedando así sancionado el citado proyecto.

<sup>20</sup> La misma fue promulgada y registrada en el registro oficial por el entonces presidente Nicanor Duarte Frutos el 13 de diciembre de 2004, siendo obligatoria a partir de esa fecha en todo el territorio del Estado paraguayo de acuerdo a lo dispuesto en el art. 213 de la CNP.

<sup>21</sup> Art. 10 de la Ley N° 2523/04: “Derógase el Decreto Ley N° 448/40 de fecha 18 de marzo de 1940 “Por el que se previene y reprime el Enriquecimiento Ilegítimo y todas las disposiciones contrarias a la presente ley”.

<sup>22</sup> MACCHI, José Ignacio. *Introducción al Derecho penal paraguayo*. op. cit. pág. 65.

<sup>23</sup> Sostiene JESCHECK que el valor de la codificación de un ámbito del Derecho reside en la colección, ordenación sistemática, revisión crítica y exposición cerrada de la totalidad del material jurídico correspondiente. El Derecho penal debe estar codificado precisamente para procurar a cualquier persona una visión accesible y sencilla del lugar por donde transcurren los límites de la libertad individual y, de este modo, saber qué comportamientos son considerados por el Estado como insoportables para la paz jurídica de la colectividad al encontrarse aquellos conminados con una pena. Es sólo la codificación del Derecho penal la que está en condiciones de suministrar una visión aproximada y correcta de la verdadera expansión del Derecho penal, dado que aquella nunca puede ser completa (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 116).

aplicación de la parte general a las leyes especiales, lo más prudente hubiera sido agrupar los delitos que se encuentran en leyes especiales dentro del código penal en el capítulo correspondiente al bien jurídico que protegen. Así se evita la posible tentación del legislador de incluir en las leyes especiales disposiciones de carácter general a los delitos incriminados que pudieran estar en contradicción con las disposiciones del código penal o produzcan situaciones de ambigüedad con ellas (como se verá mas adelante, esta problemática se presenta en las disposiciones de la Ley N° 2523/04 que prescriben el delito de enriquecimiento ilícito).

### **3. FUNDAMENTOS POLÍTICO CRIMINALES QUE HAN MOTIVADO LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY N° 2523/04.**

Para apreciar claramente las razones político criminales que han motivado la modificación y actualización de la legislación penal en materia de prohibición de enriquecimientos injustificados en la función pública, es necesario analizar los fundamentos expuestos por el legislador (representado por ambas cámaras del Congreso de la nación paraguaya) en los debates legislativos que precedieron a la aprobación y sanción del proyecto de ley que introdujo el nuevo delito de enriquecimiento ilícito.

#### **3.1. El desfasado DL N° 448/40 y la cuestionabilidad sobre su legitimidad.**

El primer fundamento que ha destacado el legislador consiste en que la figura criminal prevista en el DL N° 448/40 que prohibía los enriquecimientos ilegítimos de los funcionarios públicos estaba vigente en la legislación penal por más de sesenta años y que en la actualidad se presentaba como un instrumento jurídico penal desfasado e ineficiente para combatir a la corrupción existente en la función pública.

Este fundamento se desprende de las manifestaciones expuestas por uno de los miembros de la cámara de Senadores que había presentado el proyecto de ley: “Nosotros hasta hoy estamos en nuestro país bajo la vigencia de un decreto ley del año 1940, el Decreto-Ley N° 448. Lastimosamente cuando se promulgó el código penal, no se actualizó este decreto ley sobre el enriquecimiento ilícito. El enriquecimiento ilícito como todos saben aquí en esta cámara y la ciudadanía, es un flagelo que azota a nuestra sociedad a diario, vemos gente que se ha enriquecido ilícitamente de un día a otro ocupando cargos en distintos estamentos, en distintos poderes del Estado y en la función Pública. Es por eso que es importante actualizar este Decreto del año 1940 y que tenga esta ley que va a combatir el enriquecimiento ilícito una plena vigencia en cuanto a la realidad que hoy vivimos. Necesitamos tener una ley acorde a los tiempos que hoy vivimos”<sup>24</sup>. A este argumento se sumaba el hecho de que el citado Decreto-Ley había tenido a lo largo de su vigencia un duro cuestionamiento sobre su legitimidad como fuente jurídica de coerción penal, y que el delito que preveía (enriquecimiento ilegítimo) se estructuraba de acuerdo a la sistemática causalista del CPPyo de 1910 que no se ajustaba a los derechos fundamentales contenidos en la CNP de 1992 y con los principios garantísticos del nuevo código penal.

Por su parte, en la cámara de Diputados, el miembro preopinante en el debate parlamentario manifestó lo siguiente: “el delito de enriquecimiento ilícito esta previsto actualmente en un decreto ley y frecuentemente cuando los fiscales acusan a personas en base a ese decreto, que es el 448 del año 1940, tenemos problemas de constitucionalidad y normalmente los procesos terminan en la Corte Suprema de Justicia, porque se discute frecuentemente la constitucionalidad o la vigencia de ese decreto ley. Estamos hablando de un

<sup>24</sup> Manifestaciones del Senador Carlos Filizzola. Excma. Cámara de Senadores de la Republica del Paraguay. Diario de Sesiones de fecha 17 de junio de 2004. pág. 3.



decreto ley del año 40, que fue elaborado en base a la constitución de 1940 y a la fecha ya tenemos dos constitucionales posteriores”<sup>25</sup>.

Además, la entrada en vigor de la CNP de 1992 hizo perder casi todo el valor jurídico que poseía el DL N° 448/40 ya que varias de sus disposiciones fueron derogadas tácitamente o modificadas por otras leyes posteriores que se habían sancionado en base a dicho cuerpo constitucional<sup>26</sup>, de ahí la necesidad de dejarlo sin efecto por ser un instrumento jurídico en el que sólo quedaban vigentes e inalterables de su configuración originaria los arts. 1 y 2 que definían el injusto del delito de enriquecimiento ilegítimo.

### **3.2. Ineficiencia del sistema preventivo administrativo y penal.**

Otro de los argumentos esgrimidos por el legislador fue que los organismos de control administrativo y el Derecho penal no contaban con la legislación suficiente para hacer frente a los enriquecimientos ilícitos de los funcionarios públicos. En cuanto a los primeros, si bien admitía que el ordenamiento jurídico incluía como mecanismo preventivo al procedimiento de la declaración jurada de bienes y rentas, éste no era del todo apto para luchar contra el flagelo de la corrupción y los efectos negativos surgidos de los incrementos patrimoniales injustificados de los funcionarios públicos, y además reconocía que el órgano de control de las declaraciones juradas –que es la CGR– carecía de una legislación eficaz para tal fin.

Por otra parte, sostuvo que la falta de una legislación penal anticorrupción coherente presentaba dificultades a los fiscales a la hora de perseguir ciertos hechos de corrupción, ya que en algunos casos no tenían una configuración suficientemente clara o porque no se encontraban tipificados como delito en el código penal. Esto hacía que exista un ambiente de corrupción generalizado que producía un estado de inestabilidad y un clima de descrédito social hacia la función pública<sup>27</sup>. De esta manera, la tipificación del nuevo delito de enriquecimiento ilícito llenaba el vacío legislativo que presentaba la legislación penal y reforzaba los mecanismos jurídicos tendientes a desalentar las conductas socialmente indeseables que constituyen los incrementos patrimoniales injustificados de los funcionarios públicos.

### **3.3. El cumplimiento de obligaciones internacionales.**

El último argumento de importancia manifestado por el legislador expresa que la decisión de tipificar el nuevo delito de enriquecimiento ilícito en la legislación penal se enmarcaba dentro de las obligaciones que el Estado paraguayo había asumido al suscribir y ratificar las CICC y CNUCC.

<sup>25</sup> Manifestaciones del Diputado Rafael Augusto Filizzola Serra. Excma. Cámara de Diputados de la República del Paraguay. Diario de Sesiones de fecha 25 de noviembre de 2004. pág. 1.

<sup>26</sup> Por ejemplo, el art. 3° del DL N° 448/40 que invertía la carga de la prueba imponiendo al funcionario la prueba de la licitud de su enriquecimiento fue derogado por el art. 17.1 de la CNP de 1992 que reconoce el derecho a la presunción de inocencia, y por el art. 53 del CprocPPyo que establece que la carga de la prueba corresponde al titular de la acción penal pública, es decir, al ministerio público.

<sup>27</sup> Esta consideración se desprende de las manifestaciones esgrimidas por el diputado Rafael Augusto Filizzola Serra: “En pocas palabras, esta ley viene a llenar, si es aprobada, un vacío muy importante. Normalmente los fiscales tienen dificultades a la hora de perseguir ciertos tipos de delitos de corrupción. En algunos casos porque esos delitos no están contemplados en la legislación penal o porque la legislación no es suficientemente clara. Está de más insistir en cuanto a la importancia que tiene en nuestro país la corrupción. El ambiente de corrupción generalizada es uno de los factores de inestabilidad, también de descreimiento hacia la gestión pública en general. Con este proyecto estaríamos llenando este vacío, con la inclusión de dos tipos penales que, reitero, son probablemente los delitos de corrupción más comunes que existen en nuestro país y que lastimosamente no están previstos en su debida forma en la legislación penal. Con estas consideraciones hemos dictaminado en la Comisión de Legislación en sentido favorable y pido al pleno la aprobación de este proyecto” (Excma. Cámara de Diputados. Diario de Sesiones de fecha 25 de noviembre de 2004. pág. 3.).

En este sentido, el Senador Carlos Filizzola manifestó lo siguiente: “se está hablando últimamente mucho de que se aplique lo que manda la Convención de la OEA y de las Naciones Unidas contra la corrupción. Paraguay hasta hoy es uno de los países que menos aplicación tiene en cuanto a la legislación anticorrupción. Con lo que hoy estamos haciendo, sancionando esta ley, también nos ponemos a tono con los tratados y convenios que el país ha firmado con la OEA y con las Naciones Unidas”<sup>28</sup>.

Por su parte, el Senador Juan Carlos Ramírez Montalbeti expresó lo siguiente: “Quiero señalar que al estudiar este proyecto, el Paraguay se está poniendo en consonancia con las últimas decisiones asumidas a nivel internacional. Prueba de ello es que el día de hoy hemos dado entrada a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, al mensaje del Poder Ejecutivo N° 101, Convención suscrita por el Paraguay el 9 de diciembre del año pasado, en la ciudad de Mérida, Estados Unidos Mexicanos, señalando que nuestro país ya ha ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción”<sup>29</sup>.

Si bien la CICC tenía como uno de sus propósitos principales la promoción y el fortalecimiento del desarrollo de los mecanismos para prevenir y erradicar la corrupción, no contemplaba una norma específica que obligaba a los países a modificar su legislación penal anticorrupción si ésta fuera ineficiente. Recién con la aprobación y vigencia de la CNUCC se previó como una política de prevención efectiva contra la corrupción la obligación de los países firmantes de evaluar periódicamente sus instrumentos jurídicos para determinar si son adecuados para hacer frente a la corrupción de acuerdo al desarrollo que presenta dicho fenómeno en sus respectivos Estados y a actualizarlos si fueran inoperantes e ineficientes.

En el caso específico del delito de enriquecimiento ilícito, la CICC menciona en su art.IX que los países partes del convenio que aún no habían tipificado dicho delito deberían adoptar la medidas necesarias para hacerlo. Como hemos señalado en el primer apartado de este capítulo, la República del Paraguay ya contemplaba en su ordenamiento jurídico desde el año 1940 un Decreto-Ley que tipificaba como delito el incremento patrimonial ilegítimo (no justificado) de los funcionarios públicos, por lo que a partir de la ratificación de la CNUCC quedó obligada por el art.5.3 a evaluar y actualizar los delitos contra la corrupción que preveía su legislación penal<sup>30</sup>. Esto constituyó una de las razones del legislador para sustituir el antiguo y cuestionable delito de enriquecimiento ilegítimo, por el nuevo delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04.

#### **4. LA SUBSTITUCIÓN EN LA LEY N° 2523/04 DEL TÉRMINO ILEGÍTIMO POR EL DE ILÍCITO.**

Uno de los cambios sustanciales que trajo consigo la Ley N° 2523/04 fue la modificación de la nomenclatura legal con la que el legislador identifica al delito que castiga los incrementos patrimoniales excesivos e injustificados de los funcionarios públicos, substituyendo el término «ilegítimo» que adjetivaba al enriquecimiento punible en el DL N° 448/40, por el término «ilícito». El legislador no nos dice nada al respecto; no obstante, se expondrán algunas posibles razones que explicarían este cambio.

El principio general del derecho que prohíbe los enriquecimientos injustos ha tenido diferentes nomenclaturas en las distintas ramas del ordenamiento jurídico, por lo que no es raro encontrarse en el lenguaje jurídico con los términos enriquecimiento injusto, enriquecimiento sin

<sup>28</sup> Excma. Cámara de Senadores de la Republica del Paraguay. Diario de Sesiones de fecha 17 de junio de 2004. pág. 4.

<sup>29</sup> Excma. Cámara de Senadores de la Republica del Paraguay. Diario de Sesiones de fecha 17 de junio de 2004. pág. 6.

<sup>30</sup> Art.5.3 de la CNUCC: “Cada Estado parte procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción”.

causa, enriquecimiento indebido, enriquecimiento ilegítimo y enriquecimiento ilícito. Estos dos últimos términos son los que han sido utilizados por el legislador paraguayo para identificar a los enriquecimientos patrimoniales punibles en la función pública. Pero si alguien quisiera buscar la diferencia entre “ilegítimo e ilícito” se llevaría una gran desilusión, ya que estos términos poseen prácticamente la misma definición en los diccionarios. Por ejemplo, el diccionario de la RAE define la palabra «legítimo» como aquello que está conforme con las leyes<sup>31</sup> (por lo que a contrario sensu, ilegítimo sería aquello que no está conforme con un orden jurídico vigente). Igualmente define a la palabra «ilícito» como aquello que no está permitido legalmente<sup>32</sup>. Por su parte, BOBBIO expresa que en el lenguaje de los juristas se utilizan a menudo estos términos como sinónimos y sirven para indicar lo que es conforme con las leyes establecidas<sup>33</sup>.

Sin embargo, sí existen diferencias entre estos dos términos, y al respecto la ciencia política, la sociológica y la filosofía nos indican algunas pautas.

Para LEGAZ LACAMBRA, la legalidad, en el más amplio, general y obvio de los sentidos, significa la existencia de leyes y conformidad a las mismas de los actos de quienes a ellas están sometidos. Con esta definición el citado autor expresa que la legalidad es una norma manifestativa del Derecho, la forma precisamente por la que el jurista reconoce la existencia del Derecho.<sup>34</sup> Advierte que si bien esto es cierto, no puede negarse que los juristas del Derecho positivo se han acostumbrado a tener en cuenta solamente ese orden existente y los hechos que dentro de él acontecen, es decir, el ámbito de lo ya constituido, y en particular, el sistema de una legalidad estatal determinada. Esto ha llevado a que la legalidad se haya convertido en puro formalismo, apelándose a este concepto incluso como principio único de legitimidad, a pesar de que legalidad y legitimidad son principios contrapuestos<sup>35</sup>. Por ello, este autor define al Derecho como una forma de vida social que encarna un sentido de justicia y cuyo contenido implica una racionalidad superior a la de las otras normas sociales. El Derecho requiere de una dosis de racionalidad para que sus prescripciones tengan una aceptación más explícita por parte de la sociedad a los efectos de alcanzar su plena normatividad. Por lo tanto, sostiene que cierta racionalidad en las normas es una de las condiciones fundamentales que aseguran su aceptación<sup>36</sup>.

De lo expuesto puede deducirse que la legitimidad entraña una relación íntima entre el orden jurídico previsto en un determinado Estado y la aceptación de la sociedad de que ese orden es justo, por lo que esta consideración subjetiva es la que crea la existencia de un orden legítimo<sup>37</sup>. No basta que el orden jurídico se constituya en un conjunto de reglas de derecho dictadas por la autoridad competente para que se auto-justifique, sino que necesita además una justificación que le confiera validez no sólo para él sino para las demás personas a las que van dirigidas. En otras palabras, la legalidad positiva siempre debe expresar un ideal ético de justicia arraigado en la sociedad para que sea justificada. Si un Derecho que pugne abiertamente con el ideal de justicia vigente en la comunidad a la cual se aplica, no será aceptado por ésta, y por consiguiente, no alcanzará efectiva vigencia<sup>38</sup>.

<sup>31</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Aceptación N° 1.

<sup>32</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Aceptación N°1.

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del Derecho*. Editorial Artes Gráficas Soler. Valencia. Año 1980. págs. 308 y 309.

<sup>34</sup> LEGAZ LACAMBRA, Luis. *Legalidad y legitimidad*. REP N° 101. Año 1958. pág. 6.

<sup>35</sup> LEGAZ LACAMBRA, Luis. *Noción de la legalidad*. RIDC N° 10. Año 1958. pág. 12.

<sup>36</sup> LEGAZ LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1953. pág. 189.

<sup>37</sup> HABERMAS, Jürgen. *La reconstrucción del materialismo histórico*. Editorial Taurus. Madrid. Año 1992. pág. 243.

<sup>38</sup> LEGAZ LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. op. cit. pág. 190. En cierta manera esta idea puede apreciarse en las expresiones de GIL ROBLES, quien sostiene que la legitimidad de cualquier institución es su

Entonces legalidad y legitimidad no son términos que puedan identificarse ya que la estricta observancia formal externa de las normas no excluye incondicionalmente la injusticia de una acción, que si bien puede ser legal, no dejaría en ciertos casos de ser en el fondo ilegítima<sup>39</sup>. LEGAZ LACAMBRA entiende que la legitimidad es un concepto paralelo al de legalidad con un sentido fundamental que alude a los principios de justificación del Derecho<sup>40</sup>. Esta se basa principalmente en la creencia en la legalidad de un orden dado<sup>41</sup>, por lo que se puede decir que la legitimidad es el reconocimiento de que un orden o institución jurídica es justo y correcto, y por ello, válido jurídica y socialmente. Este razonamiento posiblemente ha motivado al legislador que sancionó el DL N° 448/40 a decidirse por adjetivar al enriquecimiento penalmente reprochable con el término “ilegítimo”, porque en esa época la función pública estaba caracterizada por un ordenamiento jurídico que no sólo tenía en cuenta la estricta legalidad del funcionario en el ejercicio de su cargo, sino también el cumplimiento de deberes ético-morales fuertemente enraizados en la conciencia social<sup>42</sup>. Esto se desprende de la exposición de motivos del citado decreto que manifiesta que la administración pública de esa época se caracterizaba por la «probidad y dignidad de sus miembros», y si esto fue resaltado por el legislador es porque constituían valores justos aceptados subjetivamente por la sociedad en cuanto a la manera que debían comportarse los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Por tanto, la razón que explicaría la decisión del legislador del DL N° 448/40 de nombrar a la conducta punible que prevenía y reprimía los incrementos patrimoniales injustificados de los funcionarios como «enriquecimiento ilegítimo» sería esta: para la sociedad, que un funcionario público incremente injustificadamente su patrimonio personal durante el ejercicio de su cargo y fuera de las posibilidades económicas que le confieren sus ingresos legítimos, constituía un comportamiento indigno hacia su propia organización porque se encontraba en abierta pugna con la moral y la ética que debían ser observadas en la función pública, y ello, además, lesionaba la confianza social puesta en dicha institución. Este razonamiento coincide plenamente con una de las razones expuestas en la exposición de motivos que hacía justificable y necesaria la tipificación del entonces delito de enriquecimiento ilegítimo que expresaba: “el enriquecimiento ilegítimo del funcionario, ...debe incorporarse a nuestra legislación en calidad de delito, a fin de que la sociedad no sólo castigue a quienes se amparan en sus posiciones para cohonestar la dignidad y el decoro de las funciones públicas, sino también para defender a quienes por su probidad merecen todas las consideraciones que se deben a quienes han servido al país con lealtad y patriotismo”.

---

conformidad con la ley en toda la extensión de la palabra, que da lo mismo decir legitimidad que legalidad, pero admite que a veces se empleaba en el sentido de ley contraria a derecho, o como si se dijera sin moralidad y rectitud, puro legalismo pragmático privado del espíritu de justicia y divorciado y enemigo de ella. También podía utilizarse como expresión de una ley, que aunque tenga en sí misma razón y justicia, no está en conexión y armonía, sino en oposición y pugna con otras leyes de orden superior. Este sería el caso de aquellos que de pura legalidad, y no de legitimidad soberana, gobiernan despóticamente y tiránicamente, por hábito ya crónico, y más aún por sistema contrario a la naturaleza de la autoridad, a sus fines y oficios (GIL Y ROBLES, Enrique. *Tratado de Derecho político*. Tomo II. Imprenta Salmanticense. Salamanca. Año 1902. pág. 422).

<sup>39</sup> *Diccionario de Ciencias Sociales*. Tomo II. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. Año 1976. pág. 53.

<sup>40</sup> LEGAZ LACAMBRA, Luis. *Legalidad y legitimidad*. op. cit. pág. 8.

<sup>41</sup> Para WEBER la legitimidad de un orden se producía en la creencia racional con arreglo a determinados valores supremos generadores de deberes morales, estéticos o de cualquier suerte (WEBER, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Traducción de José Medina Echavarría. Fondo de Cultura Económica. Madrid. Año 1993. pág. 27).

<sup>42</sup> Que en la sociedad exista una conciencia ético-moral sobre un determinado asunto público, no puede considerarse motivo suficiente para crear leyes especiales como el Decreto-Ley N° 448/40. En ese sentido, MIKKELSEN-LOTH sostiene que es peregrina la idea de los legisladores y políticos que creen que, en homenaje a apremiantes urgencias y por la vía de excepción, se puedan habilitar cursos de acción legislativos inconstitucionales. Este resobado argumento llevaría a confundir la legitimidad circunstancial y pasajera generada por fenómenos emocionales colectivos muy intensos pero breves, con la legalidad que sólo emana de la sensata y sabia interpretación de la filosofía constitucional (MIKKELSEN-LOTH, Jorge. *Enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág.41).

Las consideraciones ético-morales que caracterizaban a la función pública de mediados del siglo XX han cambiado sustancialmente en nuestra época actual por el sentido funcional que le imprime la Constitución como organismo público al servicio del país<sup>43</sup>. Al ser la función pública un organismo del Estado, es incuestionable que su funcionamiento deba adecuarse enteramente a la legalidad, pero lo que sí debe cuestionarse es si del mismo modo se comportan las personas que la dirigen y forman parte. Lo que se reprocha con la tipificación de los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas son las conductas disfuncionales realizadas por un funcionario que crean un riesgo jurídicamente intolerable para las actividades prestacionales que la Constitución encomienda a la función pública<sup>44</sup>.

En los fundamentos legislativos que motivaron la sanción de la Ley N° 2523/04 no se ha aludido razón alguna que justifique el cambio del término «ilegítimo» por el de «ilícito» con el que actualmente se adjetiva a los enriquecimientos patrimoniales punibles de los miembros de la función pública. Sin embargo, se puede deducir que el legislador ha entendido contrario a la ley y a los principios constitucionales de la función pública, y por ende, carente de validez jurídica, todo incremento o mejoramiento del patrimonio de un funcionario público que sobrepase la capacidad económica que le permite su remuneración legal (independientemente o unida a otras rentas que hubiera manifestado poseer en su declaración jurada de bienes y rentas). Si el funcionario no puede acreditar una fuente lícita que haya posibilitado razonablemente su aumento de riqueza, el tipo penal de enriquecimiento ilícito supone que lo ha conseguido por medios ajenos a los expresamente permitidos por la ley.

A esta conclusión se llega por la vinculación de los órganos del Estado y las personas que los administran al ordenamiento jurídico vigente que permite conocer los deberes legales de cada sujeto adscripto a la función pública, como también por la legalidad de la remuneración que percibe el funcionario en contraprestación al ejercicio de su cargo. La previsión legal del salario y el cálculo del costo de subsistencia o manutención que ofrece el índice de precios al consumo en un determinado país, permite conocer de un modo aproximado la capacidad económica que tiene cada funcionario para adquirir bienes o cancelar deudas. Cuando se aprecia una desproporción notable entre el valor de los bienes adquiridos o de las deudas canceladas por un funcionario público con respecto a su capacidad económica, la ley penal le exige que demuestre a través de qué medios lícitos ha obtenido su mejoramiento patrimonial.

De esta manera, todo enriquecimiento patrimonial que no haya podido ser justificado por un funcionario se considera “ilícito”, porque la ley no le permite que aumente o mejore su patrimonio fuera de las fuentes económicas previstas por ella. Además, en estos casos la ley penal presume que el funcionario se ha servido de su cargo para enriquecerse mediante la realización subrepticia de actos de corrupción, los cuales denotan un comportamiento contrario a los deberes legales que están prescriptos en su régimen jurídico<sup>45</sup>. De ahí que las nuevas

<sup>43</sup> Resalta VÁZQUEZ-PORTOMEÑE que parte de la doctrina se ha hecho eco en la necesidad de que la criminalización de los delitos que protegen la función pública escape de una configuración moralista o eticista, debiendo asistirse a una revisión de los planteamientos clásicos y a un paulatino desplazamiento del centro de gravedad de la referencia personal del deber del cargo a la tutela de un bien jurídico con idiosincrasia material y valorativa (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *Los delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 36).

<sup>44</sup> ASUA BATARRITA, Adela. *Delitos contra la administración pública*. op. cit. pág.20 “El modelo de Administración consagrado en la constitución establece el programa básico de lo que “debe ser” el funcionamiento institucional, y por ello la pauta de referencia para delimitar lo que pueda ser objeto de tutela penal. Desde la vocación de “ultima ratio” del derecho penal, como cierre del sistema de controles que operan en cada sector de actividad, la presencia del instrumento punitivo debe reservarse para incidir sobre los supuestos que impliquen agresiones de mayor alcance contra el corazón del modelo”.

<sup>45</sup> En este orden de ideas expresa CARO CORIA que el delito de enriquecimiento ilícito se vincula a una serie de deberes no penales que fluyen de la regulación constitucional y administrativa, conforme a los cuales no está jurídicamente permitido que el funcionario se sirva de su cargo para enriquecerse más allá de lo que su retribución

concepciones doctrinales entienden que el delito de enriquecimiento ilícito no previene comportamientos indignos que estarían en pugna con principios ético-morales, sino conductas disfuncionales de sujetos que prevaliéndose de la condición de funcionario público persiguen el logro de beneficios patrimoniales indebidos.

## **5. ESTRUCTURA NORMATIVA DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEY N° 2523/04.**

Si bien el art.1 de la Ley N° 2523/04 expresa que el objeto de la misma es la tipificación y sanción del enriquecimiento ilícito en la función pública y el tráfico de influencias<sup>46</sup>, este cuerpo normativo tipifica además dos figuras penales que son «las prohibiciones posteriores al ejercicio del cargo»<sup>47</sup> y «la administración en provecho de otro»<sup>48</sup>. En líneas anteriores hemos manifestado que esta ley vino a complementar el Capítulo III del Título VIII del CPPyo que se refiere a los hechos punibles contra el ejercicio de funciones públicas.

A continuación, se transcribirán los artículos previstos en la Ley N° 2523/04 que se refieren exclusivamente al delito de enriquecimiento ilícito para su posterior análisis normativo.

### Artículo 1°. Objeto de la Ley.

La presente Ley tiene por objeto tipificar y sancionar el enriquecimiento ilícito en la función pública y el tráfico de influencias.

### Artículo 2°.- Ámbito de su aplicación.

Esta Ley será aplicable a toda persona que cumpla una función pública, o tenga facultades de uso, custodia, administración o explotación de fondos, servicios o bienes públicos, cualquiera sea la denominación del cargo, o su forma de elección, nombramiento o contratación, que incurra en los hechos punibles tipificados en la presente Ley.

### Artículo 3°. Enriquecimiento ilícito.

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

---

pública o actividades permitidas en el sector privado le reditúen (CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 188).

<sup>46</sup> Art. 7 de la Ley N° 2523/04: 1) El que reciba o se haga prometer para sí o para un tercero, dinero o cualquier otro beneficio como estímulo o recompensa para mediar ante un funcionario público, en un asunto que se encuentre conociendo o haya de conocer invocando poseer relaciones de importancia o influencia reales o simuladas, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa.

2) Igual pena se aplicará a quien entregue o prometa dinero o cualquier otro beneficio, para obtener el favor de un funcionario público.

3) Si la conducta señalada en los incisos 1) y 2) de este artículo estuviera destinada a hacer valer una influencia ante un magistrado del Poder judicial o ante fiscales del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su consideración, el límite legal máximo de la sanción se elevará hasta cinco años de pena privativa de libertad”.

<sup>47</sup> Art. 4 de la Ley N° 2523/04: “Será sancionado con cien a trescientos sesenta días multa, el funcionario público que, dentro del año siguiente a la celebración de un contrato administrativo en la entidad donde prestó servicios, se vincule laboral o societariamente con la persona física o jurídica favorecida”.

<sup>48</sup> Art. 8 de la Ley N° 2523/04: “Será castigado con pena privativa de libertad hasta diez años al funcionario público que decida, autorice o suscriba actos o contratos administrativos en forma directa, beneficios indebidos para su provecho personal, para su cónyuge o conviviente, o el de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad”.

a) Haya obtenido la propiedad, la posesión, o el usufructo de bienes, derechos o servicios, cuyo valor de adquisición, posesión o usufructo sobrepase sus legítimas posibilidades económicas, y los de su cónyuge o conviviente.

b) Haya cancelado, luego de su ingreso a la función pública, deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio, el de su cónyuge o su conviviente, y sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y de afinidad, en condiciones que sobrepasen sus legítimas posibilidades económicas.

2) Será aplicable también a los casos previstos en el inciso 1) de este artículo, la pena complementaria prevista en el artículo 57 del Código Penal<sup>49</sup>.

#### Artículo 5°.- Inhabilitación Especial.

1) Quien incurra en los hechos punibles señalados en la presente Ley, además de ser castigado con la pena principal, podrá ser sancionado con la pena adicional de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un periodo de uno a diez años.

2) Igual pena podrá imponerse a quienes fueren encontrados culpables de estos hechos punibles en calidad de instigadores o cómplices.

#### Artículo 6°.- Comiso especial.

La condena judicial firme y ejecutoriada por el hecho punible de enriquecimiento ilícito producirá el comiso especial de los bienes muebles o inmuebles, valores, dinero, o derechos obtenidos ilegítimamente por su autor o partícipe, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 90 al 95 del Código Penal.

### **6. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE TUTELA.**

El enriquecimiento ilícito ha sido considerado por los legisladores nacionales como un delito que tiene como objeto de tutela a la “función pública”, en vista a su ubicación sistemática en los códigos penales<sup>50</sup>, por la delimitación de su sujeto activo (funcionario público) y por la exigencia de que las modalidades de conductas se realicen durante el ejercicio de las funciones públicas, postura que ha sido adoptada por la jurisprudencia paraguaya en sus fallos judiciales sobre este delito. Sin embargo, desde nuestro punto de vista esta tesitura debe cuestionarse debido a que si se presta atención a la configuración típica que el legislador latinoamericano y paraguay han adoptado en este delito se puede apreciar que los comportamientos punibles presentan una total desvinculación con la afectación del bien jurídico tutelado, dejándose así insatisfechas las exigencias del principio de lesividad.

La decisión de los legisladores nacionales de ubicar al delito de delito de enriquecimiento ilícito dentro de los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas es un

---

<sup>49</sup> Art. 57 del CPPyo: “Pena patrimonial: 1°. Junto con una pena privativa de libertad mayor de dos años se podrá ordenar, cuando ello sea expresamente previsto por la ley y de acuerdo con lo previsto en el artículo 65, el pago de una suma de dinero cuyo monto máximo será fijado teniendo en consideración el patrimonio del autor. 2°. En la valoración del patrimonio no serán incluidos los beneficios sometidos al comiso. Se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo 92. 3°. En los casos que no sea posible el pago inmediato, se aplicará lo dispuesto en el artículo 93, inciso 2. 4° Una pena patrimonial que quedare sin pago, será sustituida por una pena privativa de libertad no menor de tres meses ni mayor de tres años. La duración de la pena sustitutiva será determinada en la sentencia”.

<sup>50</sup> Todos los países que tienen tipificado el delito de enriquecimiento ilícito en sus legislaciones penales lo han situado dentro del capítulo del código penal que agrupa los delitos que atentan contra la función pública o en leyes especiales que lo complementan.

factor para considerar a la función pública como bien jurídico protegido, pero, como bien manifiesta BLANCO CORDERO, se debe advertir que la colocación sistemática no es un dato definitivo sino indiciario, de ahí que las rúbricas clasificatorias no deben sobrevalorarse puesto que no necesariamente marcan el bien jurídico protegido a través de los delitos particulares. Por ello, es necesario contrastar la voluntad del legislador con el resultado de su actividad moldeadora en orden a detectar, no sólo el éxito o fracaso de su intervención, sino también el alcance real de la tutela proyectada y del tipo finalmente construido<sup>51</sup>.

El texto de la Ley N° 2523/04 no determina de forma específica cuál es el bien jurídico tutelado, estableciendo solamente en el art.1 que su finalidad es tipificar y sancionar el enriquecimiento ilícito en la función pública, lo cual no nos dice categóricamente que el objeto de tutela sea la función pública<sup>52</sup>, sino que lo que pretende la ley especial con ese delito es evitar el enriquecimiento ilícito de las personas que ejercen funciones en dicha organización pública. Tampoco el legislador ha individualizado el objeto de tutela en los debates parlamentarios previos a la sanción de la citada ley especial, limitándose a indicar que el delito de enriquecimiento ilícito es un instrumento político criminal necesario para evitar el estado de impunidad generado por las dificultades probatorias y deficiencias legislativas que existen en la persecución de los hechos de corrupción, como también el estado de inestabilidad y descrédito social hacia la función pública.

Si el bien jurídico protegido por los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones es la función pública, entendida ésta como institución prestacional de actividades y servicios imprescindibles para un país y sus ciudadanos, es fácil precisar que las modalidades de ataque descritas en el delito en estudio son incapaces de afectar mediata ni inmediatamente las condiciones de funcionamiento de dicha organización pública pues como se analizarán más adelante<sup>53</sup>, consisten en actos patrimoniales que son realizados enteramente en la esfera privada del sujeto activo (adquisición de la propiedad, posesión o usufructo de bienes y cancelación de deudas u obligaciones), en los que no se vislumbra un ejercicio abusivo o ilegal del cargo público (característica principal de los delitos de funcionario público). Queda claro que al haber decidido perseguir los enriquecimientos patrimoniales injustificados de los funcionarios públicos, el legislador paraguayo ha incorporado especies delictivas (en relación a las modalidades de conducta punible previstas en el art.3. 1º, incs. a y b de la Ley N° 2523/04) tendentes a evitar una situación o estado de cosas que nada tiene que ver con la afectación del bien jurídico «función pública»<sup>54</sup>. Es más, dada la naturaleza subsidiaria del delito de

<sup>51</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3ª Edición. Editorial Thomson-Reuters. Pamplona. Año 2010. pág. 191; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del art. 204 bis del código penal*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1990. pág. 116.

<sup>52</sup> Al respecto, sostiene OCTAVIO DE TOLEDO que ciertamente, cuando el legislador construye una norma arranca de un dato preexistente que es el interés o sector de la realidad que se intenta proteger, pero eso no constituye el bien jurídico, sino la voluntad del legislador más o menos afortunadamente plasmada a través de la norma (OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. op. cit. pág. 39). En ese sentido, DONNA manifiesta que un tipo penal puede estar incluido en una determinada sección o capítulo del código penal, sin embargo, basta con analizar el contenido de los diferentes tipos para reconocer cual es la verdadera realidad de la protección penal. Por ello, aclara que la función de los rúbricos que encabezan los distintos tipos penales no es necesariamente la determinación del bien jurídico protegido, sino que por medio de fórmulas abreviadas se intenta individualizar las diferentes conductas previstas, de modo que el título de la sección o capítulo al que pertenece una figura penal desempeña una función meramente ilustrativa (DONNA, Edgardo Alberto. *Aspectos generales del tipo penal de estafa*. Revista Latinoamericana de Derecho. N° 1. Enero-Junio. Año 2004. pág. 39).

<sup>53</sup> Vid: apartado 7.3.2. del presente capítulo. En cuanto a la compatibilidad de las conductas descritas en el delito de enriquecimiento ilícito con el principio de lesividad, Vid: apartado 2.2 del capítulo VIII.

<sup>54</sup> Esta situación se asemeja en cierto sentido con el contenido de la figura penal cualificada de *daños a objetos de las Fuerzas Armadas* previsto en el art. 265 del CPE (con anterioridad art. 135 bis “e” del CPE de 1973). Cierta parte de la doctrina entiende que a través de este delito el legislador español ha querido evitar cualquier tipo de daños en los objetos afectados a las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas o Cuerpos de Seguridad para proteger otro



enriquecimiento ilícito que es aplicado cuando no se puede probar la comisión de otros delitos que originarían la mejoría patrimonial del funcionario público, es lógico deducir que el bien jurídico ya se encuentra vulnerado por el delito previo, por lo que la sanción penal del mero incremento patrimonial injustificado nada añade a la menoscabo sufrido por el bien jurídico<sup>55</sup>.

Estas consideraciones nos permiten sostener que en el delito de enriquecimiento ilícito no se reconoce ni se protege algún interés de tutela, mucho menos al bien jurídico función pública, ya que de las conductas punibles que describe no se desprende ningún tipo de peligro para el correcto desenvolvimiento de las funciones que realiza dicha institución, de ahí que su tipificación puede ser considerada inadecuada a los efectos del principio de efectividad de la protección penal. En este sentido, BERDUGO y PÉREZ CEPEDA afirman que la tipificación de una conducta resulta inadecuada cuando de ella no se va a obtener protección alguna del bien jurídico o si va a ocasionar más daños que beneficios<sup>56</sup>. Puede decirse que el legislador ha creado un delito que describe conductas punibles sin referencia alguna a un desvalor del resultado, y por lo tanto, ha intervenido ilegítimamente en las esferas privadas del sujeto activo, rebasando así los límites dentro de los cuales el Derecho penal le permite actuar.

A pesar de estas fundadas consideraciones, la postura que se cuestiona en estas líneas ha sido refrendada por la jurisprudencia latinoamericana en base a una línea de interpretación (intencionalmente dispuesta a legitimar esta figura penal cuya justificación y contornos típicos son claramente controvertidos desde los principios de un Derecho penal garantista) coherente con los criterios propuestos en instancias internacionales que han señalado a la función pública como objeto de protección del delito de enriquecimiento ilícito en vista a que ha sido catalogado como acto de corrupción y se ha sumado a los ya típicos delitos previstos en los códigos penales que pretenden prevenir y reprimir la corrupción dentro de la organización funcional del Estado. No obstante, en la doctrina latinoamericana no existe consenso sobre qué aspecto o ámbito de la función pública protege el delito de enriquecimiento ilícito, puesto que los autores que han escrito sobre la materia han recurrido para su determinación a objetos como el erario público o el correcto ejercicio de la función pública, pero también a conceptos difusos como el prestigio y buen nombre de la función pública o la confianza ciudadana en la función pública<sup>57</sup>.

En México, LÓPEZ BETANCOURT menciona que el tipo de enriquecimiento ilícito responde a la necesidad de combatir la corrupción de los servidores públicos, quienes con

---

interés distinto, la defensa nacional. Para RODRIGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ este delito consistía en una destrucción, daño e inutilización de medios o recursos de la defensa nacional (RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal español. Parte especial*. op. cit. pág. 648). En este sentido, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, sostiene que el bien jurídico protegido por este supuesto es la defensa nacional, y por lo tanto, el daño que recoge este precepto no se dirige contra la propiedad, sino contra las Fuerzas Armadas o Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pues es preciso que el objeto se encuentre afecto al servicio de las mismas (ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina. *El delito de daños: consideraciones jurídico-políticas y dogmáticas*. Servicio de Publicaciones. Universidad de Burgos. Año 1999. págs. 216 y 217. También se encuentra en esta línea de pensamiento SERRANO BUTRAGUEÑO: “No deja de sorprendernos que delitos tan graves como los atentados contra los medios o recursos de la defensa nacional, hayan sido desplazados hasta los daños, como si el principal bien jurídico fuera de naturaleza predominantemente patrimonial... por tanto, debe buscarse mejor acomodo a esta clase de atentados, pues sin duda al dañar cualquiera de los objetos mencionados en este precepto se está atacando a una Institución: Las Fuerzas Armadas y lo que ellas suponen y representan...” (SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. *Los delitos de daños*. Editorial Aranzadi. Pamplona. Año 1994. pág. 391).

<sup>55</sup> VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *El delito de enriquecimiento ilícito. Su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada. Especial referencia a la legislación penal colombiana*. Universidad Internacional de la Florida. Miami. Año 2008. pág.42.

<sup>56</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Derecho penal y constitución (Lección 3)*, en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coordinador). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*. op. cit. pág. 91.

<sup>57</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 123.

frecuencia abusan de su poder para enriquecerse ilegalmente<sup>58</sup>, y para DÍAZ ARANDA la incorruptibilidad de la función pública y la confianza pública son los bienes jurídicos tutelados por este delito<sup>59</sup>.

En Colombia, ZARAZO OVIEDO entiende que lo que se protege con el delito de enriquecimiento ilícito es el deber de fidelidad de los funcionarios con la administración pública, y el respeto que a ella y a quienes la representan, como así también el prestigio, el decoro, el deber del cargo y la disciplina con los que la actividad de la administración pública debe manifestarse<sup>60</sup>. La CSJ de Colombia ha manifestado que el bien jurídico protegido por el delito de enriquecimiento ilícito es la moral social, bien jurídico que tiene expresa tutela constitucional en el art. 34 de la Constitución política de Colombia<sup>61</sup>. Esta postura ha sido rechazada por varios autores, entre ellos BÁRCENAS ESPITIA, para quien es un planteamiento totalmente equivocado, debido a que el derecho no puede ser utilizado como un guardián de la moral. A su juicio, el tipo penal en cuestión protege la administración pública y el erario público<sup>62</sup>.

En la doctrina argentina BUOMPADRE señala que el bien jurídico que protege esta figura criminal es la decencia administrativa y la salud de los negocios públicos<sup>63</sup>. CABALLERO sugiere que lo que se pretende proteger es el interés social de toda la comunidad en torno a que sus funcionarios o empleados públicos no corrompan la función pública y que justifiquen su enriquecimiento al ser requeridos, como una exigencia no sólo legal sino social<sup>64</sup>. NÚÑEZ sostiene que el tipo penal de enriquecimiento ilícito protege la normalidad del ejercicio de las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, normalidad que se protege frente a los abusos de los que desempeñan esas funciones, ya sea funcionarios o empleados públicos, y a los atentados de los terceros destinatarios o no del acto funcional<sup>65</sup>. CREUS opina que se trata de prevenir conductas anormales que persiguen el logro de aumentos patrimoniales prevaleciendo de la condición de funcionario por parte del agente<sup>66</sup>.

Para SARA VIA TOLEDO y VILLADA lo que se intenta proteger es la insospechabilidad y probidad del desempeño de la función o el empleo público en ejercicio, y simultáneamente se ampara el prestigio de la administración y de la función misma en cuanto a garantizar un desempeño moralmente intachable y patrimonialmente transparente<sup>67</sup>. RIMODI precisa que los valores de honestidad y probidad impuestos por la ley a los funcionarios públicos son los bienes jurídicos tutelados. La honestidad y la probidad implican que el funcionario debe conducirse con honradez, es decir, con rectitud de ánimo, con integridad en el

<sup>58</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Delitos en particular*. Tomo II. Editorial Porrúa. México. Año 1998. pág.549.

<sup>59</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. Editorial Cárdenas. México. Año 1999. pág. 71.

<sup>60</sup> ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. *El enriquecimiento ilícito. Aspectos jurídico-procesales*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. Año 1993. pág. 60.

<sup>61</sup> Sentencia C-319 de fecha 18 de julio de 1996.

<sup>62</sup> BÁRCENAS ESPITIA, Edgar. *El enriquecimiento ilícito*. 2ª Edición. Editorial Web System E.U. Bogotá. Año 2003. pág. 29.

<sup>63</sup> BUOMPADRE, Jorge. *Delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 349.

<sup>64</sup> CABALLERO, José; citado por TODARELLO, Guillermo Ariel. *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. Editorial Del Puerto. Buenos Aires. Año 2008. pág. 291. Este criterio ya podía observarse en uno de los fundamentos que justificaba la inclusión del delito de enriquecimiento ilícito en el proyecto de código penal presentado por el poder ejecutivo argentino en 1960, el cual rezaba que la sola circunstancia del cambio no aclarado de la fortuna de los funcionarios públicos constituye en sí mismo un grave mal ejemplo en una república, porque la gente, guiada por puro sentido común, sospecha de la coincidencia temporal entre el enriquecimiento y el desempeño de una función, especialmente si el hecho pasa en silencio, sin explicación alguna (SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Tomo V. op. cit. pág. 205).

<sup>65</sup> NÚÑEZ, Ricardo. *Derecho penal argentino*. Tomo VII. Editorial Lerner. Buenos Aires. Año 1974. pág. 18.

<sup>66</sup> CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte especial*. op. cit. pág. 323.

<sup>67</sup> SARA VIA TOLEDO, Rogelio; VILLADA, Jorge Luis. *Curso de Derecho penal. Parte especial*. op. cit. pág.757.

obrar<sup>68</sup>. Según TODARELLO, en concreto, se protege jurídicamente la transparencia de la situación patrimonial del funcionario<sup>69</sup>. Por su parte, DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO argumentan que lo que se pretende proteger es el correcto funcionamiento de la administración pública, pero en el sentido de la transparencia, gratuidad y probidad que debe respetar la propia administración y quienes la representan<sup>70</sup>. Esta postura es compartida por SAUMELL y CONTI<sup>71</sup>.

En la doctrina peruana BRAMONT ARIAS señala que el objeto de la tutela penal es el interés concerniente al honor y al prestigio de la administración pública en sentido lato, en cuanto conviene salvaguardar la función o el servicio público del descrédito a que la exponen los funcionarios o servidores públicos que, movidos por la codicia y transformados en vulgares especuladores, se sirven de los actos de la administración para su provecho personal o para fines privados<sup>72</sup>. Comparte este criterio GÁLVEZ VILLEGAS quien ha manifestado que a través de la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito se protege el prestigio, dignidad y la confianza de la función pública<sup>73</sup>.

En cuanto a las citadas posturas, bien es cierto que la probidad de los funcionarios públicos como el prestigio, la imagen y la confianza que tienen los ciudadanos en las instituciones públicas son valores que forman parte de la función pública, y a su vez, constituyen criterios a través de los cuales la sociedad recepciona de mayor o menor manera sus decisiones, pero ninguno de ellos puede considerarse ámbito protegido del bien jurídico porque parten de concepciones más bien subjetivas en las que no se puede comprobar una auténtica antijuridicidad material por su vaguedad de contenido, y además, no son compatibles con el modelo de función pública previsto en las vigentes Constituciones<sup>74</sup>. En la actualidad la existencia de los delitos de funcionario público no se justifica en el fortalecimiento de principios éticos relacionados con el cargo, ni en la necesidad de reforzar el prestigio o la dignidad de los

<sup>68</sup> RIMONDI, Jorge Luis. *Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública*. op. cit. pág.291.

<sup>69</sup> TODARELLO, Guillermo Ariel. *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 294.

<sup>70</sup> DE LUCA, Javier; LÓPEZ CASARIEGO, Julio. *Enriquecimiento ilícito y constitución nacional*. RJLL (Argentina). Suplemento de Justicia Penal. 25/02/2000. pág. 11. Esta postura ha sido mayoritariamente asumida en la jurisprudencia de los tribunales penales de Argentina, y puede verse en la Sentencia de fecha 8 de mayo de 2000, dictada por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa N° 2697 caratulada: “Pico, José Manuel y Uroda, Karina Beatriz s/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad”, y en la Sentencia de fecha 31 de mayo de 2004 dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4, en la causa: “Alsogaray, María Julia y otros s/ Presunto Enriquecimiento Ilícito”.

<sup>71</sup> Estos autores sostienen que la doctrina, últimamente y a raíz de la búsqueda de un valor jurídico superior, ha ideado como bien jurídico la imagen de la función pública, es decir, el tipo penal no busca reprimir el acrecentamiento patrimonial indebido del funcionario público sino, por el contrario, la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración pública (SAUMELL, María Fernanda; CONTI, Néstor Jesús. *El delito de enriquecimiento ilícito y una profusa violación a las garantías y principios constitucionales*. op. cit. pág. 806).

<sup>72</sup> BRAMONT ARIAS, Luis. *Temas de Derecho penal*. Tomo 4. Editorial San Marcos. Lima. Año 1990. pág. 77.

<sup>73</sup> GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Editorial Idemsa. Lima. Año 2001. págs.114. En cambio, puede apreciarse que parte de la jurisprudencia de los tribunales penales del Perú ha seguido un criterio orientado más al aspecto funcional de la administración pública. La Sentencia de fecha 16 de octubre de 2012 dictada por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente N° 04-2001), considera que el bien jurídico protegido es la administración pública en sentido general, ligado al desempeño óptimo en la función delegada al funcionario público.

<sup>74</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal. Parte especial*. Tomo III. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fé. Año 2001. pág. 394 “Que el bien jurídico sea la transparencia, la gratuidad y probidad de la administración pública es una afirmación que no está basada en ningún precedente legislativo, ni en el título del propio código, ni en la estructura de la norma, amén de que avanza sobre un problema ético que es rechazado por el Estado de Derecho”. En este sentido, VÁZQUEZ PORTOMEÑE menciona que en Alemania, un representativo sector de la doctrina rechaza sin paliativos la aptitud de dichas referencias por su complejidad y falta de concreción, en orden a desempeñar las funciones técnicas, dogmáticas y político-criminales propias del concepto de bien jurídico penal (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *Los delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 31).

funcionarios públicos, ya que todos estos valores se consideran reminiscencias de concepciones ideológicas y políticas desfasadas, incapaces de expresar exigencias reales de tutela al no referirse en absoluto al servicio que la función pública presta al ciudadano<sup>75</sup>. Por otra parte, señala con acierto KINDHÄUSER que la confianza pública apenas puede ser considerada bien protegido, ya que en un Estado en el que, por ejemplo, la corrupción es el pan de cada día y en el que, por tanto, no existe ninguna confianza en la administración, la corrupción no podría ser castigada, pues faltaría una confianza que proteger. En consecuencia, la confianza debe, antes bien, protegerse frente a los menoscabos, es decir, sólo si se garantiza la capacidad de funcionamiento de la administración, recién podrá surgir la correspondiente confianza de la opinión pública, puesto que ésta es solamente un reflejo de la protección de la referida capacidad de funcionamiento<sup>76</sup>.

Una postura que llama la atención es la que defiende que el delito de enriquecimiento ilícito protege el patrimonio público. En efecto, manifiesta DONNA que existe una posición en la doctrina que sostiene que el incumplimiento de un deber sustancialmente adquirido por el manejo de fondos públicos confiados al funcionario y con relación sus funciones no permitiría alegar la violación de la presunción de inocencia, sobre todo cuando se trata de hechos que importan de manera vehemente el enriquecimiento a costa de los fondos públicos<sup>77</sup>.

En la doctrina paraguaya CAMACHO afirma que la supremacía del interés general y la protección del patrimonio público deben ser incorporados en el análisis sobre la legitimidad de esta clase de delitos, no debiendo olvidarse como justificación el terrible daño que causa a toda la sociedad y a la democracia representativa el saqueo sistemático a que es sometido el patrimonio público, donde la mala voluntad de algunos investigadores y la insuficiencia legislativa instalan un terrible sentimiento de impunidad. Según su opinión el objeto de tutela no se limitaría a la protección del erario público, sino que también se tutela la moral pública, que es otro importante patrimonio del Estado<sup>78</sup>.

La consideración de que el patrimonio público es aquello que protege el delito de enriquecimiento ilícito, necesariamente nos viene a la mente que el incremento injustificado del funcionario se origina a costa de fondos públicos cuya custodia y administración han sido puestos a su cargo, y que el mismo fue distraendo en su provecho propio durante el ejercicio de sus funciones. Esta postura debe objetarse partiendo del hecho de que no todo funcionario posee un cargo público que implica la custodia y administración de bienes públicos, responsabilidad y competencia que normalmente se reservan a los que ostentan una posición jerárquica elevada. Además, cuando un funcionario público es imputado por el delito de enriquecimiento ilícito no

<sup>75</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro; SOBRINO MARTÍNEZ, Ana. *Delitos contra la administración pública*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 2008. pág. 47. Este cambio sobre el contenido material de lo que se tutela con los delitos de funcionario público puede observarse claramente en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal Español de 1992, que al respecto dice: “La concepción de la función pública y el servicio a los ciudadanos bajo el imperio de la legalidad no es, en modo alguno, la misma en el marco de la Constitución de 1978 que en la mentalidad del legislador histórico y los que le han ido enmendando. En el actual Código, la fidelidad a la función y a la jerarquía es el núcleo fundamental de la antijuricidad; el acatamiento de la organización y régimen administrativos aparece como la mayor manifestación de la legalidad; el bien de la cosa pública y el servicio al ciudadano son elementos que, aunque no desdeñados, se manifiestan de modo claramente complementario. En el nuevo Código se invierte el orden de valores partiendo de que la función pública está al servicio de la ciudadanía (los intereses generales) y sometida al principio de legalidad; aquello que no trascienda a los intereses perseguidos (vida interna de la Administración) difícilmente podrá tener cabida en el Código Pena, de acuerdo con el principio de ultima ratio” (*Proyecto de ley orgánica del código penal*. Ministerio de Justicia. Madrid. Año 1992. pág.45).

<sup>76</sup> KINDHÄUSER, Urs. *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el código penal alemán*. op. cit. pág. 9.

<sup>77</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal. Parte especial*. op. cit. pág. 384.

<sup>78</sup> CAMACHO, Emilio; Lezcano Claude, Luis (Compiladores): *Comentario a la constitución*. op. cit. pág. 83.

es común que se le atribuya alguna malversación o distracción de los bienes públicos a él confiados (si es que su cargo posee dicha función), es más, cuando se realiza el procedimiento de auditoria o rendición de cuentas sobre su gestión casi nunca se descubren irregularidades en su administración. Si ocurre lo contrario, existen para estos casos conductas penales específicas en el código penal que persiguen esos hechos, como son los delitos de malversación de caudales públicos, lesión de confianza, peculado, exacción, etc.

Desde el punto de vista criminológico, todo funcionario público que realiza un acto de corrupción se halla movido por un ánimo de lucro que en la mayoría de los casos es satisfecho por las dádivas ofrecidas por los particulares. Esto es debido a que todo acto de corrupción implica una transacción o intercambio voluntario de favores, bienes o servicios, que en relación a los últimos siempre media un componente económico que genera mercados ilegales en términos de oferta, demanda, costes y beneficios<sup>79</sup>. Por ejemplo, en el cohecho un funcionario público solicita una dádiva o recompensa a una persona física o jurídica a cambio de hacer o dejar de hacer un acto que le corresponde de acuerdo a sus funciones, o como en las exacciones ilegales cuando un funcionario exige directamente a un particular aranceles que no son debidos o en mayor cuantía que los legalmente señalados. En estos casos son los particulares quienes sufren un daño patrimonial que enriquece al funcionario público. También podrían existir enriquecimientos de funcionarios públicos que no necesariamente suponen el detrimento patrimonial de un sujeto en particular, como en el caso de una empresa que ha ganado la adjudicación de una obra por el ofrecimiento de una suma de dinero al funcionario encargado de decidir en el proceso de licitación pública, aunque la mejor oferta en términos técnicos y económicos haya provenido de ésta (es decir, de todas maneras el Estado le hubiera otorgado la adjudicación de la obra). A pesar de haber existido un intercambio corrupto, no se produce un daño patrimonial a una persona física o jurídica, ni al Estado<sup>80</sup>.

Además, se debe acotar que el delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N°2523/04 no requiere la acreditación de los actos ilegales con los cuales el funcionario incrementa su patrimonio (a diferencia del tipo penal descrito en el DL N° 448/40 que exigía la demostración del ejercicio ilegal o deshonesto del cargo, o la influencia derivada del mismo), por lo que al desconocerse estos hechos es lógico que no pueda identificarse a alguna persona perjudicada patrimonialmente. Al respecto, señala STABILE VÁZQUEZ que al no implicar el enriquecimiento ilícito un daño patrimonial para el Estado (imputable al funcionario), éste no podría emprender contra el funcionario ninguna acción de carácter resarcitorio, pudiendo sólo responsabilizarle en el ámbito de lo punitivo<sup>81</sup>. Con estas ideas puede concluirse que el delito de enriquecimiento ilícito no tutela el patrimonio público.

En cuanto a la jurisprudencia paraguaya, puede decirse en líneas generales que los órganos jurisdiccionales que han entendido y juzgado causas penales sobre el delito de enriquecimiento ilícito han sido eclécticos a la hora de determinar el ámbito vulnerado del bien jurídico protegido, puesto que no se han decantado por una específica postura o criterio doctrinal, asumiendo por el contrario la consideración de que la comisión de este delito conlleva el menoscabo de varios aspectos de la función pública.

Cabe destacar el criterio asentado en la SDTS N° 39 de fecha 04 de diciembre de 2006 y en la SDTS N° 215 de fecha 31 de julio de 2007, que al respecto del bien jurídico tutelado por el delito de enriquecimiento ilícito, expresan ambas: “el bien jurídico tutelado es el *correcto*

<sup>79</sup> LAMO DE ESPINOSA, Emilio. *Delitos sin víctimas. Orden social y ambivalencia moral*. Editorial Alianza Universidad. Madrid. Año 1993. pág. 15.

<sup>80</sup> STABILE VÁZQUEZ, Agustina. *Responsabilidad patrimonial del funcionario público en el delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 123.

<sup>81</sup> STABILE VÁZQUEZ, Agustina. *Responsabilidad patrimonial del funcionario público en el delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. págs. 124 y 125.

*funcionamiento de la administración pública* así como la *transparencia del ejercicio de las personas que se desenvuelven en dicho ámbito*, en el caso específico el menoscabo que se realiza en contra de ese bien jurídico, que es la administración pública, sucede cuando las personas que deben precautelar el ejercicio transparente de sus funciones, se valen de ella para obtener beneficios que no tienen correspondencia con los emolumentos que el mismo percibe por el ejercicio de dicha función. El bien jurídico de la administración pública es un bien de singular valor, ya que su mal funcionamiento así como también el desmedro hacia el mismo, alcanza o perjudica a todos en general, es decir, la no transparencia de los funcionarios que ejercen las funciones de administración dentro de la misma causan un daño al bien común. Este valor del bien común dentro de la administración pública, es lo que el tipo penal pretende proteger al castigar conductas que atentan contra el patrimonio mismo del estado, así como también la falta de transparencia de los funcionarios que ejerzan dicha administración”.

La SDTS N° 392 de fecha 5 de diciembre de 2008, sólo se limita a decir que el bien jurídico es la función pública, sin concretar cuál es el aspecto o ámbito de tutela que específicamente protege el delito de enriquecimiento ilícito.

La SDTS N° 315 de fecha 14 de octubre de 2008 afirma que el aspecto del bien jurídico afectado es el *correcto y honesto comportamiento del funcionario público*, como también la *credibilidad de las personas en la función pública*. En este sentido, puede leerse en el AyS N° 40 de fecha 14 de julio de 2009 dictado por el TAC 3ª Sala (voto particular del Juez Lovera Cañete): “la doctrina establece que el hecho punible de enriquecimiento ilícito protege la *honorabilidad y la probidad de los sujetos públicos*, como garantía de su independencia e imparcialidad en el cumplimiento de sus deberes”.

De las citadas sentencias se desprende que para ciertos órganos jurisdiccionales el ámbito de tutela protegido por el enriquecimiento ilícito es el correcto funcionamiento de la administración pública, y para otros, el patrimonio o la honorabilidad y la probidad de los sujetos públicos. Según nuestra opinión, la postura que realmente adopta un verdadero contenido de antijuridicidad material acorde con la Constitución y con todos los delitos cometidos por funcionarios públicos, es la que sostiene que el ámbito de tutela es el correcto funcionamiento de las funciones públicas desde dos puntos de vista: hacia dentro, protegiendo la existencia misma del sistema funcional del Estado; y hacia fuera, protegiendo de forma preeminente las legítimas expectativas y beneficios que los ciudadanos esperan obtener de los servicios públicos<sup>82</sup>.

En ese orden de ideas, no debe olvidarse que todo delito que se crea para proteger la función pública debe perseguir la preservación de la actividad funcional de las personas que, representando al Estado, prestan los servicios públicos que son imprescindibles para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos<sup>83</sup>. Todo funcionario que realiza un acto de corrupción pública crea una amenaza seria al orden interno de la organización en la que presta servicios al desviarse de sus deberes funcionales, lo que podría traer como consecuencia la incorrecta prestación de los servicios públicos y la pérdida de los beneficios que ellos ofrecen a

<sup>82</sup> En este contexto resulta interesante la opinión de LOOS (siguiendo algunas reflexiones de TIEDEMANN sobre la estructura típica de ciertos delitos económicos) de que los delitos de funcionarios también persiguen finalidades intermedias, en el sentido de que también poseen una verdadera importancia expresiva al prevenir actuaciones corruptas de los funcionarios que serían un mal ejemplo para el cuerpo de funcionarios y el público. Vid: LOOS, Fritz. *Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte*, en: Stratenweth, (Editor): *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Traducción de José Luis Guzman Dalbora. Año 1974. pág. 273.

<sup>83</sup> CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte especial*. op. cit. pág. 217 “Puede decirse, pues, que el objeto de protección es la regularidad y eficiencia de la función pública concebida en su sentido más extenso, comprensivo de la función pública en sentido propio; es decir, la que importa un encargo del Estado en la persona del funcionario, por medio del cual aquél expresa su voluntad frente a/y sobre los administrados, como del servicio público que se desenvuelve dentro de la administración”.

los ciudadanos. Sin embargo, y tal como hemos indicado al comienzo de este apartado, el delito de enriquecimiento ilícito describe unos comportamientos que si bien son considerados penalmente relevantes por el legislador, en realidad no serían capaces para vulnerar el ámbito de tutela recién señalado, por lo que el injusto descrito en este delito carece de toda justificación en un ordenamiento penal orientado a la protección de bienes jurídicos. Por tanto, y de acuerdo a la propia intención del legislador que se desprende del debate parlamentario realizado a la Ley N° 2523/04, la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en la legislación penal paraguaya ha respondido a la necesidad de alcanzar determinados objetivos político criminales relacionados con una mayor eficacia del sistema penal dirigido a combatir los hechos de corrupción, criterio que representa una ruptura con el principio de lesividad exigido en un Estado Social y Democrático de Derecho.

## 7. CONFIGURACIÓN DEL TIPO DE INJUSTO.

La asunción de obligaciones por el Estado paraguayo en el marco de la firma y ratificación de los convenios internacionales sobre corrupción, ha sido una de las razones que ha impulsado la renovación en el Paraguay de la legislación penal existente en cuanto al delito de enriquecimiento ilícito. A consecuencia de ello, el legislador quedó compelido a integrar al nuevo delito que persigue los incrementos patrimoniales injustificados de los funcionarios, el contenido esencial y los elementos objetivos del acto de corrupción de enriquecimiento ilícito previsto en los arts. IX de la CICC y 20 de la CNUCC.

Estos convenios sobre corrupción han previsto de igual forma para el acto de corrupción de enriquecimiento ilícito tres elementos objetivos que definen los rasgos esenciales de esta figura criminal: a) el incremento del patrimonio de un funcionario público, b) con significativo exceso respecto a sus ingresos legítimos y c) que no pueda ser razonablemente justificado. Sin embargo, los diversos ordenamientos penales latinoamericanos nos demuestran que estos elementos objetivos no fueron todos tenidos en cuenta por los Estados al momento de definir concretamente la conducta punible en sus legislaciones internas.

Por una parte, existen países que además de describir la conducta penalmente relevante mediante el incremento excesivo del patrimonio de un funcionario, han incorporado en el tipo la “no justificación” de ese enriquecimiento como elemento objetivo. En este grupo se encuentran Argentina<sup>84</sup>, Chile<sup>85</sup> y Colombia<sup>86</sup>. Por el contrario, existe un grupo de países que han optado por no incluir en el tipo referencia alguna en cuanto a la necesidad de justificación por parte del funcionario sobre la licitud de su enriquecimiento, sancionando simplemente el enriquecimiento desproporcionado de un funcionario con relación a sus posibilidades económicas lícitas. Se destacan en este grupo Perú<sup>87</sup>, El Salvador<sup>88</sup> y Costa Rica<sup>89</sup>. El Paraguay ha seguido la técnica

<sup>84</sup> Art. 268 (2) del CP argentino: “Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, **no justificar** 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”.

<sup>85</sup> Art. 241 (bis) del CP chileno: “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 enriquecimiento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio”.

<sup>86</sup> Art. 412 del CP colombiano (Modificado por el art. 29 de la Ley 1474 de 2001): “El servidor público que durante su vinculación con la Administración o dentro de los cinco años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, un incremento patrimonial **injustificado**, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve a quince 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 noventa y seis a ciento ochenta meses”.

<sup>87</sup> Art. 401 del CP peruano: “El funcionario o servidor que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. Se considera que existe indicio

legislativa asumida por este último grupo de países previendo posiblemente los problemas de constitucionalidad que pudieran presentarse en la aplicación práctica de este delito, en base a las críticas que ha realizado la doctrina de que la no justificación del funcionario de su enriquecimiento como condición de la imposición penal, estaría violentando principios del derecho penal y procesal amparados constitucionalmente a toda persona sujeta a proceso.

En líneas generales, la estructura del nuevo delito de enriquecimiento ilícito sigue el mismo criterio técnico jurídico de la mayoría de los ilícitos penales que protegen el correcto ejercicio de las funciones públicas previendo como único posible sujeto activo a un funcionario público<sup>90</sup>, y describe la conducta penalmente relevante de acuerdo al modelo previsto por los países que han optado por excluir del tipo a la necesidad de justificar la licitud del enriquecimiento patrimonial, centrando el injusto en dos hechos concretos: a) el incremento del patrimonio de un funcionario público mediante actos de adquisición de bienes (cosas y derechos), o la conservación del mismo por la cancelación de deudas u obligaciones, y b) que el valor de dichos bienes u obligaciones sobrepasen sus legítimas posibilidades económicas.

Lo que sí llama la atención es la omisión del legislador de incluir en el tipo referencia alguna sobre la apreciabilidad objetiva del incremento patrimonial, comúnmente caracterizado en las legislaciones penales latinoamericanas con los términos “desproporcionado”, “excesivo” o “apreciable”, siendo que esta es una de las características que más representa al enriquecimiento ilícito como acto de corrupción.

### **7.1. El sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito: el funcionario público.**

Con el título «Ámbito de su aplicación», el art. 2 de la Ley N° 2523/04 establece quienes pueden ser los posibles autores del delito de enriquecimiento ilícito expresando: “esta ley será aplicable a toda persona que cumpla una función pública, o tenga facultades de uso, custodia, administración o explotación de fondos, servicios o bienes públicos, cualquiera sea la denominación del cargo, o su forma de elección, nombramiento o contratación, que incurra en los hechos punibles tipificados en la presente Ley”.

De la lectura de este precepto se aprecia que el legislador ha determinado que el delito de enriquecimiento ilícito sólo pueda ser cometido por un funcionario público (a efectos penales), lo que implica una limitación del círculo de posibles autores a aquellas personas que posean esa calidad jurídica según los requisitos y las circunstancias personales expresamente exigidas en la

de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o el gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente mayor al que 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”.

<sup>88</sup> Art. 7 del Decreto Legislativo N° 2833/59: “Se presume enriquecimiento ilícito cuando el aumento del capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente, y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa justa. Para determinar dicho aumento, el capital y los ingresos del funcionario o empleado, de su cónyuge y de sus hijos se considerarán en conjunto”.

<sup>89</sup> Art. 45 de la Ley 8422/04: “Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interpósita persona física o jurídica, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecten su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas”.

<sup>90</sup> El contenido de este concepto es enteramente determinado por el Derecho Penal, y por lo tanto, es distinto e inequívoco del establecido por el Derecho Administrativo, lo que permite que a efectos penales existan sujetos que se definen como funcionarios sin poseer las cualidades esenciales exigidas por el estatuto administrativo de los funcionarios públicos.



norma penal. Esto se debe a que el Derecho penal posee su propio concepto de funcionario público y no depende de los conceptos utilizados por otras ramas jurídicas que se refieren a la misma institución jurídica (por ejemplo, el Derecho administrativo)<sup>91</sup>.

A efectos penales la condición de funcionario público se atiende desde diversos matices, para configurar tipos específicos cuya autoría sólo puede responder a quién reúna dicha condición, para determinar una especial posición de garante de la indemnidad de ciertos bienes jurídicos o para la agravación de la pena en determinados delitos comunes<sup>92</sup>. Estas tres perspectivas son tenidas en cuenta a la hora de tipificar delitos, pero el legislador ha dado especial consideración a las dos primeras, no sólo para determinar el injusto del delito de enriquecimiento ilícito, sino también para configurar el Capítulo VIII del Título III del CPPyo que agrupa los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas.

Para un mejor entendimiento de la figura penal de enriquecimiento ilícito, es necesario analizar primeramente las implicancias que en la dogmática penal conlleva establecer a un funcionario público como único posible autor de un delito (puesto que ésta técnica tiene repercusiones en la clasificación del delito como común o especial), y por sobre todo, los efectos que produce la decisión del legislador de establecer en la Ley N° 2523/04 un concepto penal de funcionario público propio para el delito de enriquecimiento ilícito distinto al previsto en el CPPyo (art. 14. 1° num. 14).

### 7.1.1. El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial propio.

Expresa GÓMEZ MARTÍN que el concepto de delito especial ha sido desde sus orígenes hasta la actualidad un concepto propio de la ciencia del Derecho penal, más concretamente, ha sido un concepto propio de la llamada teoría general del delito<sup>93</sup>. Es común ver en la parte especial de los códigos penales, delitos que describen al comienzo del tipo a los posibles autores con el término «el que», los cuales pueden ser cometidos por cualquier persona y son identificados por la doctrina con el nombre de “delitos comunes o generales”. Sin embargo, hay ciertos delitos en los que existe una limitación del círculo de posibles autores a personas especialmente señaladas o de acuerdo a criterios específicos indicados en el tipo, llamados “delitos especiales”<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> Afirma VALEIJE ÁLVAREZ que el concepto de funcionario público a efectos penales tiene su primera razón de ser en la necesidad de eliminar diferencias interpretativas sobre la cualidad de funcionario público que pueden venir propiciadas por la necesidad de acudir a otros sectores del ordenamiento jurídico al solo efecto de determinarla. En segundo lugar, para que el legislador se asegure de la fidelidad del intérprete para que haga una lectura y una aplicación de la norma conforme a los designios de aquel (VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública*. CPC N° 62. Año 1997. pág. 442).

<sup>92</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *El funcionario público ante el Derecho penal*. RJCL N° 20. Año 2010. pág. 3.

<sup>93</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales*. op. cit. pág. 3. Este autor señala que los delitos especiales ya fueron reconocidos en antiguas referencias en el derecho militar romano en la figura de los *delicta propria*, opuesta a los *delicta communia*. Al respecto menciona: “Se designaba con el nombre de delicta propria a todos aquellos delitos que únicamente podría ser cometidos por una clase determinada de ciudadanos, los militares, distinguiéndolos, así, de los delitos que podían ser cometidos por cualquier ciudadano. Partiendo del delictum proprium de los delitos militares brindado por la ley, los glosadores romanos creyeron posible afirmar que no había motivo alguno para circunscribir el ámbito de los delicta propria únicamente a los delitos militares, sino que también debía ser extendido a los delitos de funcionario, y a los delitos cometidos por religiosos, quedando bajo el ámbito de dominio de los delicta communia, en cambio, los restantes delitos. En relación con la fundamentación del castigo de los delitos cometidos por religiosos, el Derecho Penal romano hace ya referencia a una idea a lo largo de toda la evolución histórica de la fundamentación doctrinal de los delitos especiales, que acabó por convertirse en recurrente; pero por aquel entonces, resultó ciertamente novedosa: la infracción del deber especial que recaería sobre una determinada clase de ciudadanos, en este caso el religioso” (El mismo, *Los delitos especiales*. op. cit. pág. 4).

<sup>94</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. 11ª Edición. Traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Año 1970. pág. 94; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado*

Para DE LA MATA BARRANCO los delitos especiales son aquellos que requieren para su tipicidad objetiva que su autor reúna una determinada característica, sin la cual la confirmación del injusto es imposible<sup>95</sup>. BUSTOS RAMÍREZ explica que en los delitos especiales hay un deber específico del sujeto activo respecto del bien jurídico, y por ello mismo, si esa relación no se da no hay injusto, siendo la posición del sujeto activo lo que fundamenta el injusto<sup>96</sup>.

La doctrina alemana ha propuesto dos clases de conceptos de delito especial, uno simple, caracterizado mediante la restricción del círculo de posibles autores por medio de una serie de elementos exigidos en el tipo y la omisión a cualquier referencia en cuanto al fundamento sobre el que descansa dicha restricción; y otro complejo, que además de describir el efecto restringido que caracteriza a los delitos especiales, incorpora al concepto el fundamento de aquella restricción<sup>97</sup>. ROXIN se adhiere a esta propuesta doctrinal sosteniendo que la restricción de los posibles autores en los delitos especiales descansa en el hecho de que el autor reúne una determinada cualidad consistente en una posición de deber extra penal, por lo que en estos casos es mejor hablar de delitos de infracción de deber<sup>98</sup>.

La incorporación al concepto de delito especial de la fundamentación de la restricción resulta crucial, pues con ella se superan las concepciones formales (concepto simple) y se atienden a las peculiaridades que presenta su estructura típica. Pero esta tipología no puede estar integrada por figuras cuyo autor se halle sin más en una posición formal de deber desvinculada del contenido de injusto, sino sólo por las que se caracterizan por la posición jurídica o fáctica en que el sujeto se halla frente al bien jurídico por consecuencia de cualidades, estados, condiciones o situaciones reclamadas explícita o implícitamente como elementos esenciales de la norma penal<sup>99</sup>. Es decir, si el legislador selecciona a ciertos autores como únicos posibles realizadores de determinados delitos, es porque estas personas ostentan una posición jurídica cuyo contenido presenta deberes extrapenales que se encuentran en íntima relación con el bien jurídico protegido<sup>100</sup>.

Los elementos objetivos del delito de enriquecimiento ilícito demuestran que es un delito especial. Es especial porque el legislador ha determinado como sujeto activo del delito a toda persona que ejerce una función pública, refiriéndose a los funcionarios públicos que tienen una relación estatutaria permanente o contractual temporaria, cuyo status o posición jurídica implica la interiorización de ciertos deberes, obligaciones y prohibiciones previstas en normas extra penales que rigen el ejercicio de las actividades de su cargo. Además, extiende dicho concepto a aquellas personas que, sin poseer la calidad de funcionario público, desempeñan actividades que adquieren relevancia por su relación con el bien jurídico al asumir una posición de garante o confianza derivada de una situación contemplada por la norma penal, que en este caso es la

---

*de Derecho penal. Parte general.* op. cit. pág. 286; JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general.* Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 2ª Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 1997. pág. 214; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario; ACALE SÁNCHEZ, María; NIETO MARTÍN, Adán; DEMETRIO CRESPO, Eduardo; PÉREZ CEPEDA, Ana. *Curso de Derecho penal. Parte general.* 2ª Edición. Editorial Experiencia. Barcelona. Año 2010. pág. 214; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general.* op. cit. pág. 231; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del Derecho penal.* 4ª Edición. Editorial Thompson Reuters. Pamplona. Año 2010. pág. 665.

<sup>95</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *El funcionario público ante el Derecho penal.* op. cit. pág. 18.

<sup>96</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal. Parte general.* op. cit. pág. 283.

<sup>97</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales.* op. cit. págs. 16-24.

<sup>98</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general.* op. cit. pág. 338.

<sup>99</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *Los delitos contra la administración pública.* op. cit. pág. 317.

<sup>100</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito. Derecho penal parte general.* Editorial Civitas. Madrid. Año 1984. pág. 154.

obtención de facultades de uso, custodia, administración o explotación de fondos, servicios o bienes públicos<sup>101</sup>. Este planteamiento se corresponde con lo que señala KAUFMANN de que los delitos especiales pueden caracterizarse mediante dos líneas de valoración: formación del comportamiento en base al ejercicio de una función y a relaciones de confianza<sup>102</sup>.

Estas posiciones jurídicas que nacen de normas extra penales o de situaciones valoradas por el legislador en la norma penal, se encuentran en conexión con el bien jurídico mediante el contenido de injusto previsto en el delito especial. Así, la conducta típica en los delitos especiales que protegen a la función pública deberá siempre implicar una desviación de deberes funcionales (del funcionario público) o el quebrantamiento de un determinado deber de garante (si es que el legislador decide a efectos penales extender la cualidad jurídica de funcionario público a sujetos particulares) cuya intolerabilidad produce un riesgo capaz de lesionar o poner en peligro al bien jurídico.

Se concluye que en el caso del delito de enriquecimiento ilícito se ha limitado el círculo de posibles autores a aquellas personas que de acuerdo al art.2 de la Ley N° 2523/04 desempeñan una función pública a efectos penales, porque a través del ejercicio de su actividad mantienen una estrecha relación con el bien jurídico que indica al legislador que son los sujetos más proclives a vulnerarlo, especialmente, cuando realizan conductas que no se ajustan a sus deberes funcionales<sup>103</sup>. De ahí que el injusto de este delito contenga unos comportamientos negativamente considerados que suponen un menoscabo a la función pública, y por lo tanto, son tipificados en la ley para que sus especiales destinatarios sepan qué conductas deben abstenerse de realizar<sup>104</sup>.

Los delitos especiales se clasifican a su vez en propios e impropios. Los delitos especiales propios sólo pueden ser cometidos por aquellos que poseen la calidad especial y no existe correspondencia alguna con un delito común consistente en el mismo hecho cometido por una persona carente de la calidad exigida, por lo que si ésta última la realiza el hecho quedará impune<sup>105</sup>. Por su parte, los delitos especiales impropios son aquellos que guardan correspondencia con un delito común conminado con una pena menos grave, del que puede ser autor el sujeto no cualificado que realiza la acción<sup>106</sup>. En ese contexto, el delito de

<sup>101</sup> Pone de manifiesto VÁZQUEZ-PORTOMEÑE que la moderna teoría del delito especial distingue entre las posiciones de autor que tienen su origen en situaciones ya disciplinadas por normas extra penales y de las que el sujeto activo extrae un conjunto de deberes y poderes directamente relacionados con la objetividad jurídica del delito -por ejemplo, la posición de funcionario público-, y aquellas otras que nacen de situaciones únicamente valoradas y disciplinadas por la norma penal -por ejemplo, la posición de padre o hermano- (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *Los delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 321).

<sup>102</sup> KAUFMANN, Armin. *Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad*. ADPCP N° 37. Año 1984. pág. 12.

<sup>103</sup> Este mismo razonamiento ha justificado que los delitos que protegen la función pública se hayan constituido en delitos especiales, y por esa razón, a GRACIA MARTÍN no le es del todo extraño que ciertos delitos o grupos de delitos no protejan el bien jurídico contra todos, sino que delimitan como autores sólo a los sujetos capaces de realizar las acciones adecuadas de lesión o peligro (GRACIA MARTÍN, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho penal. Teoría general*. Tomo I. Zaragoza. Año 1985. pág. 351).

<sup>104</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del Derecho penal*. op. cit. pág. 311 “El tipo de injusto constituye la expresión taxativa de conductas valoradas negativamente. Se trata de conductas así consideradas porque suponen la destrucción o puesta en peligro de bienes jurídicos. La realización de una conducta típica agrede objetivamente a valores que merecen esa condición para el legislador y así lo plasma en una norma penal. Al mismo tiempo, esas conductas implican la contravención de las prohibiciones normativas que pretenden orientar y determinar las acciones de los destinatarios de la ley hacia el respeto a esos valores. En este contexto, la función de motivación del tipo pretende que el destinatario de la norma pueda conocer cuáles son los valores y bienes más importantes para la comunidad así como qué conductas debe abstenerse de realizar”.

<sup>105</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 160.

<sup>106</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 232; GRACIA MARTÍN, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. op. cit. pág. 352 “El bien jurídico protegido por estos tipos se halla necesitado de

enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04 se incluye en la primera subclasificación señalada, ya que no existe dentro del código penal (o en alguna ley especial que la complemente) un delito común paralelo que contenga el mismo contenido de injusto, lo que quiere decir que la vulnerabilidad del bien jurídico protegido no aumenta frente a la acción de sujetos particulares.

### ***7.1.2. El concepto de funcionario público dispuesto en el código penal paraguayo.***

Como se ha manifestado, la Ley N° 2523/04 establece un concepto de funcionario público propio y exclusivo para los delitos que contempla, es decir, para los delitos de enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, prohibiciones posteriores al ejercicio del cargo y administración en provecho propio. Esta decisión del legislador es a todas luces criticable, en primer lugar, porque al haber establecido en una ley especial un concepto particular de funcionario público para unos determinados delitos infringe el principio de integración sistemática dispuesto en el art. 4 del CPPyo<sup>107</sup>, en atención a que dicho cuerpo legal posee un concepto de funcionario público que es aplicable a todos los delitos de la parte especial e inclusive para aquellos contemplados en leyes especiales. En segundo lugar, si las condiciones normativas que determinan la posición especial del funcionario público para los delitos previstos en la Ley N° 2523/04 llegan a ser diferentes a las contenidas en el concepto de funcionario público previsto en el código penal, es más que probable que dicha disparidad produzca situaciones de desigualdad jurídica con respecto a los demás delitos que protegen el mismo bien jurídico (específicamente los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas contemplados en el Capítulo III del Título VIII del CPPyo), puesto que en la persecución de estos delitos la amplitud de los posibles autores no sería la misma.

El concepto de funcionario público se encuentra definido en el art.14.1°, num. 14 del CPPyo que expresa: “funcionario: el que desempeña una función pública, conforme al derecho paraguayo, sea éste funcionario, empleado o contratado”. En este concepto puede apreciarse tres partes. La primera contiene un marcado aspecto teleológico, es decir, el sujeto debe efectivamente cumplir una función en cualquier poder del Estado u órgano extra poder previsto constitucionalmente, cuya actividad necesariamente tiene que perseguir fines públicos. La segunda requiere que la función pública desempeñada sea conforme al derecho paraguayo, lo que obliga a determinar si dicha actividad pública se encuentra amparada y permitida por el ordenamiento jurídico. La tercera adquiere índole subjetiva pues se refiere a los títulos que permiten a esa persona desempeñar funciones públicas. Esta última parte ha sido suprimida en la reforma que ha sufrido el CPPyo en el año 2008 por la Ley N° 3440 “Que modifica varias disposiciones de la Ley N° 1.160/97 código penal”.

1) El desempeño de funciones públicas es el requisito esencial para adquirir la calidad de funcionario público a efectos penales<sup>108</sup>, lo que nos lleva ineludiblemente a matizar qué se entiende por función pública. Como hemos afirmado anteriormente, se entiende por función pública las diversas actividades desarrolladas por los órganos del Estado dirigidas a cumplir las finalidades que le han sido fijadas en la Constitución, que no son otras que la consecución y promoción de los intereses generales<sup>109</sup>. El interés general se concreta a través de las funciones

---

protección frente a todos, y las acciones adecuadas de lesión o peligro pertenecen también al ámbito de posibilidades de acción de todos. Por eso existe un tipo común paralelo”.

<sup>107</sup> Art. 4 del CPPyo: “Las disposiciones del Libro Primero del este Código se aplicarán a todos los hechos punibles previstos por las leyes especiales”.

<sup>108</sup> MIR PUIG sostiene que en esta clase de concepciones, el elemento teleológico sería esencial, en el sentido de que su ausencia privaría en todo caso del carácter público a la función (MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal*. op. cit. pág. 24).

<sup>109</sup> COBO, Manuel. *Examen crítico del párrafo 3° del artículo 119 del código penal español (sobre el concepto de “funcionario público” a efectos penales)*. RGLJ. Tomo XLIV. Año 1962. pág. 230 “Se viene aceptando por

encomendadas no sólo a los tres poderes del Estado, sino también a los demás órganos extra poder e instituciones públicas descentralizadas, cuyo objetivo principal es la realización de los cometidos materiales y servicios públicos tendientes a satisfacer las necesidades imprescindibles de los ciudadanos.

En este sentido, quien desempeña funciones públicas es aquella persona que, independientemente al cargo que ostenta y el órgano o institución del Estado en donde presta funciones, realiza actividades de utilidad y provecho cuya finalidad siempre está relacionada con la satisfacción de una necesidad pública, llámese ésta justicia, orden y seguridad, servicios básicos, educación, etc. Por ejemplo, en la legislación italiana sólo basta que el sujeto desempeñe funciones públicas para ser considerado funcionario público a efectos penales, sin la necesidad de que se exija la posesión de un título por el cual se ejerza dicha función<sup>110</sup>.

2) Otro de los rasgos que determina la cualidad jurídica de funcionario público a efectos penales, es que la función desempeñada por el sujeto sea “conforme al derecho paraguayo”. Esta característica reafirma la postura de que el CPPyo se encuentra fuertemente influenciado por el CP alemán (para no decir que es unacopia fiel como lo han afirmado ciertos autores), ya que el texto punitivo germano define al titular de la función pública (sujeto activo de los delitos contra el ejercicio del cargo público) con la frase semejante “quien de acuerdo con el derecho alemán”...a) es funcionario o juez<sup>111</sup>. Comenta OLAIZOLA NOGALES que este precepto del código alemán incluye, aparte de los jueces, a aquellos sujetos que según el derecho funcional han sido nombrados por una autoridad competente para desempeñar una función. Se trata de una relación establecida por el Estado mediante un acto formal, que constituye para el empleado una relación de servicio, mientras que para el Estado se articula como un deber de protección. En este caso es obligatoria la entrega de un nombramiento que supone la correspondiente ejecución de un servicio, siendo indiferente si el empleo es vitalicio, revocable o a prueba, como tampoco es relevante si la relación se establece respecto al Estado, a un Land (Estado o territorio federado) o a un ayuntamiento, corporación, institución o fundación de Derecho público<sup>112</sup>.

Según nuestra opinión, el término normativo “conforme al derecho paraguayo” adherido al concepto penal de funcionario público ha sido una decisión desacertada, porque podría pensarse erróneamente que el legislador ha erigido al art.14.1º, num.14 del CPPyo como una norma penal en blanco que obliga al intérprete a corroborar si la actividad pública realizada por el sujeto se encuentra prevista y permitida en otra rama u ordenamiento del sistema jurídico vigente, lo que resulta una adición innecesaria teniendo en cuenta que la condición de funcionario público a efectos penales no depende ni se construye a partir de conceptos que manejan otros ámbitos jurídicos. Aquí saltan a la vista las incoherencias que resultan de la aplicación de un ordenamiento jurídico foráneo a un país cuya realidad y desarrollo jurídico-

---

función pública, la diversa forma de manifestación de la actividad del Estado, o por mejor decir, la manifestación del poder público desde un punto de vista teleológico”; LÓPEZ RODRÍGUEZ, Pedro; SOBRINO MARTÍNEZ, Ana. *Delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 25 “Dentro del grupo de funciones públicas se encuentran entre otras, la actividad de creación del derecho (aprobación de las normas jurídicas escritas: leyes, reglamentos); la tutela de los derechos a través de los tribunales de justicia, la actuación política exterior, la defensa del Estado, la seguridad interior, la hacienda pública y algunas más. Tales funciones son propias del Estado, y en ellas encuentra su razón de ser, lo cual comporta, de modo negativo, que no puedan dejarse en ningún caso a la iniciativa privada”; Así también en este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal*, en: Muñoz Conde, Francisco (Dirección): *Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal*. Conferencias pronunciadas en las jornadas de Derecho penal para directivos de la junta de Andalucía. Sevilla. Año 1997. pág. 14.

<sup>110</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 162. El art. 357 del CP italiano expresa: “A los efectos de la ley penal, son funcionarios aquellos que ejercen una función pública legislativa, judicial o administrativa”.

<sup>111</sup> Art. 11.2. del CP alemán.

<sup>112</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. op. cit. pág. 147.

social no se corresponden con éste<sup>113</sup>. Esta particularidad del código hace recordar a MONTESQUIEU cuando decía de que las leyes debe ser adecuadas al pueblo para el que fueron dictadas, de tal manera que sólo por una gran casualidad las de una nación pueden convenir a otra<sup>114</sup>.

En el ordenamiento jurídico paraguayo, la figura del funcionario público posee referencia expresa en la Constitución Nacional y en la LFPP. La carta magna de 1992 en su Capítulo VIII sobre el “Derecho al Trabajo”, dedica en la Sección II un conjunto de normas bajo el título “De la Función Pública”, que se refieren exclusivamente a la organización funcional del Estado, es decir, a las personas que cumplen una función pública en cualquiera de los poderes u órganos públicos. El art.101 de la CNP dice: “los funcionarios y los empleados públicos están al servicio del país. Todos los paraguayos tienen el derecho a ocupar funciones y empleos públicos. La Ley reglamentará las distintas carreras en las cuales dichos funcionarios y empleados presten servicios, las que, sin perjuicio de otras, son la judicial, la docente, la diplomática y consular, la de investigación científica y tecnológica, la de servicio civil, la militar y la policial”. Es sabido que la Constitución no regula exhaustivamente a la función pública, pero en cambio, fija los contornos fundamentales que debe tener esta institución pública. A través de este precepto la misma Constitución imprime carácter teleológico a la figura del funcionario público al disponer que todo el colectivo funcional del Estado se encuentra exclusivamente al servicio del país (entendiéndose el término «país» como el conjunto de personas que habitan en el territorio nacional bajo normas propias), y que las actividades públicas siempre tendrán por único fin la consecución de los intereses generales.

Desde el punto de vista del Derecho paraguayo, son previsibles las múltiples dificultades que acarrearía al intérprete si tuviera que integrar el contenido del concepto de funcionario público a efectos penales de acuerdo a criterios utilizados por el Derecho administrativo. Hemos señalado que el art. 4 de la LFPP establece como notas fundamentales del concepto administrativo de funcionario público: a) el acto administrativo que posibilita la incorporación del sujeto a la organización funcional, b) la permanencia en el cargo y c) su remuneración pública (prevista en el presupuesto general de la nación), lo que dejaría de lado a los funcionarios que acceden a un cargo público por elección popular, a los que son contratados para ejercer funciones públicas, a los que ejercen temporalmente esas funciones y a los que, aún habiendo sido nombrados por autoridad administrativa competente, cumplen funciones *ad-honorem* o sin remuneración legal alguna.

Además, el art.2 del citado cuerpo legal restringe todavía más el concepto administrativo de funcionario al disponer que, aún cuando cumplan una función pública, quedan excluidos de su ámbito de aplicación: el Presidente y el vicepresidente de la República, los senadores y diputados, los gobernadores y los miembros de las juntas departamentales, los intendentes, los miembros de las juntas municipales y las personas que ejercen otros cargos originados en elección popular; los ministros y viceministros del Poder Ejecutivo; los diplomáticos y cónsules en actividad comprendido en el ámbito de aplicación de la ley que regula la carrera diplomática y consular; los militares en actividad; los policías en actividad; los docentes de la universidad nacional y de las instituciones oficiales de educación primaria, secundaria y técnica; los magistrados del Poder Judicial, el contralor, sub-contralor, el defensor del pueblo, el defensor del pueblo adjunto y los miembros del consejo de la magistratura, el fiscal general del Estado y los agentes fiscales.

---

<sup>113</sup> Al respecto algún autor muy bien ha expresado que para lograr entender el CPPyo, paradójicamente se debe primeramente entender el CP alemán. En otros términos, se debe antes entender al pueblo alemán para luego tratar de adaptarlo al pueblo paraguayo.

<sup>114</sup> MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Tomo I. Editorial Orbis. Buenos Aires. Año 1984. pág. 35.

Como puede apreciarse, desde el punto de vista administrativo no son considerados funcionarios públicos los sujetos que poseen cargos de más alta responsabilidad y jerarquía en los distintos órganos del Estado, los de elección popular, los políticos, los funcionarios de confianza, los militares y policías. A parte de constituir un contrasentido jurídico que el ámbito administrativo permita que determinadas personas cumplan funciones públicas sin ser consideradas funcionario público, la traslación de un concepto de funcionario de estas características al Derecho penal conllevaría la notable limitación de la autoría de los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas a los sujetos que no se encuentran excluidos por el art.2 de la LFPP, es decir, los que cumplen funciones públicas a través de un cargo intermedio o inferior desde el punto de vista jerárquico. Un planteamiento con estos contornos traería efectos sumamente perjudiciales al sistema preventivo de la corrupción, puesto que los sujetos más proclives a cometer actos de esta naturaleza no entrarían a formar parte del concepto penal de funcionario, y por consiguiente, no podrían ser autores de ninguno de los delitos contra la función pública previstos en el CPPyo. Por lo tanto, el concepto penal de funcionario debe ser entendido desde una perspectiva amplia, que no coincide con el criterio adoptado por el Derecho administrativo en vista a su formalismo, incoherencia y restrictividad<sup>115</sup>.

3) La última parte del concepto penal de funcionario previsto en el art.14. 1º, num.14 del CPPyo se refería a las cualidades jurídicas o títulos que otorgaban a un sujeto la posibilidad de desempeñar funciones públicas, siendo estos: funcionario, empleado o contratado<sup>116</sup>. Pero tal como hemos manifestado anteriormente, la Ley N° 3440/08 ha suprimido los términos que describían a estas cualidades jurídicas quedando definitivamente el art.14.1º, num.14 de la siguiente manera: “funcionario: el que conforme al derecho paraguayo, desempeñe una función pública”. Con esta modificación el legislador ha dejado claro el carácter teleológico del concepto penal de funcionario público al determinar su rasgo fundamental en que el sujeto efectivamente desempeñe una actividad que persiga fines públicos, independientemente del título legal que le ha posibilitado su incorporación a la función pública. Esta característica hace apartar al CPPyo del criterio restrictivo asumido por otras legislaciones penales como la española, que requiere para atribuir a un sujeto la calidad de funcionario público no sólo la participación en el ejercicio de funciones públicas, sino también un título que habilite dicha participación que necesariamente deberá ajustarse a cualquiera de las tres causas previstas en el art.24.2 del CPE que son: por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente<sup>117</sup>. Este criterio es adoptado asimismo por el código penal argentino<sup>118</sup>.

Pero debe advertirse que aunque el concepto penal de funcionario público se centre más en el desempeño de funciones públicas que en el título habilitante, no es menos cierto que estas formas de acceso a la función pública han sido originariamente incluidas en el art.14.1º, num.14

<sup>115</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública*. op. cit. pág. 447 “El motivo por el cual la noción penal es más amplia que la suministrada por el derecho administrativo viene siendo justificada en base a que el derecho penal dispensa protección a la función pública más allá del campo estrictamente administrativo”.

<sup>116</sup> En la doctrina paraguaya, LÓPEZ CABRAL sostiene que el código ha adoptado una definición amplia que incluye a tres sujetos que prestan su servicio al Estado en cumplimiento de una función pública, en el entendimiento de que función pública es una actividad realizada por una persona contratada por el Estado a tal efecto (LÓPEZ CABRAL, Miguel. *Código penal paraguayo*. Editorial Intercontinental. Asunción. Año 2006. pág. 206).

<sup>117</sup> Para una explicación más exhaustiva sobre los títulos de incorporación al ejercicio de funciones públicas según el art. 24.2 del CPE, Vid: VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública*. op. cit. págs. 450 y sigtes; MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal*. op. cit. págs. 24-26.

<sup>118</sup> Art. 77. 3º Párrafo del CP argentino: “Para la inteligencia del texto de este código, se tendrá presente las siguientes reglas: Por los términos funcionario y empleado público, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”.

del CPPyo para limitar el alcance de dicho concepto. Esta ha sido otra decisión desacertada por parte del legislador paraguayo, pues con la nueva configuración del concepto penal de funcionario se estaría permitiendo una ampliación en exceso tanto de la condición penal de funcionario (a particulares que cumplen funciones de transcendencia pública no contemplados expresamente en la ley), como también de la protección penal de los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas. Una norma penal tan general que no concreta taxativamente de forma clara y determinante el círculo de los posibles autores de los delitos cometidos por funcionarios públicos no sólo plantea múltiples problemas interpretativos, sino también atenta contra los principios de seguridad y certeza jurídica al permitir valoraciones no exentas de subjetivismos.

No existe reparo alguno a lo afirmado por POLAINO NAVARRETE de que el Derecho penal no tiene por qué supeditarse a categorías normativas extrapenales que no respondan a la criminalidad (como la del concepto administrativo de funcionario), sino que ha de caminar en paralelo a la realidad, lo que ha motivado que el Derecho punitivo se interese más por el desempeño de la función que por la mera titularidad<sup>119</sup>. Sin embargo, creemos que el concepto penal de funcionario previsto en la parte general debe tener un cierto carácter restrictivo, especialmente para evitar equiparaciones con sujetos particulares que no tienen ningún tipo de vinculación con la afectación del bien jurídico, y en todo caso, si existiese la necesidad de extender el círculo de posibles autores para los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas, dicha ampliación debe realizarse expresamente en el marco descriptivo de un determinado delito, de acuerdo a sus modalidades y exigencias técnicas propias.

De acuerdo a lo expuesto, puede afirmarse que al Derecho penal paraguayo le es indiferente que el sujeto haya sido nombrado funcionario público por resolución administrativa de autoridad competente que conlleve una relación subjetiva permanente con el Estado, fuera electo en comisiones presidenciales o municipales, o se encuentre ligado al Estado por un contrato para cumplir funciones específicas por un determinado periodo de tiempo, hasta incluso, no discrimina a aquellos funcionarios que prestan servicios ad honorem o también, en determinados casos a particulares, siempre y cuando todas estas personas desempeñen una función pública. En este concepto quedan excluidos los integrantes del personal laboral o auxiliar, que si bien son nombrados por la máxima autoridad de una institución pública para cumplir determinados servicios, éstos no pueden ser considerados funciones públicas porque se refieren a tareas administrativas, de ordenanzas o de limpieza<sup>120</sup>.

Por tanto, se concluye que el art. 14. 1º, num.14 del CPPyo contiene un concepto penal de funcionario público marcadamente teleológico para cuya interpretación no se necesita acudir a conceptos de otras ramas del ordenamiento jurídico, teniendo como elemento esencial al efectivo desempeño por parte del sujeto de funciones públicas. COBO menciona que lo que da sentido al concepto de funcionario público a efectos penales es su conexión con la función pública, y para que tenga eficacia ha de ser forzosamente genérica, ha de abarcar todos los supuestos de funcionario público a cada uno de sus efectos, y ha de coincidir con la hipótesis “funcionario público” en una teoría general del derecho y del Estado, por razón de que la verificación del delito tiene un campo tan amplio cuanto complejo<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Delitos contra la administración pública*, en; Cobo del Rosal, Manuel (Director): Curso de Derecho penal español. Parte especial. Tomo II. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 1997. pág. 414.

<sup>120</sup> Art. 6 de la LFPP: “Es personal del servicio auxiliar (chóferes, ascensoristas, limpiadores, ordenanzas y otros de naturaleza similar), la persona nombrada para tales funciones por la máxima autoridad del organismo o entidad del Estado en que fuera a prestar servicios. El nombramiento se efectuará mediante un procedimiento de selección simplificado que será establecido en el reglamento interno del organismo o entidad respectivo. El personal del servicio auxiliar trabajará en relación de dependencia con el Estado, su trabajo será retribuido y su relación laboral se regirá por el código del trabajo”.

<sup>121</sup> COBO, Manuel. *Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del código penal español (sobre el concepto de “funcionario público” a efectos penales)*. op. cit. pág. 240.



### 7.1.3. El concepto de funcionario público dispuesto en la Ley N° 2523/04 aplicable al delito de enriquecimiento ilícito.

El art. 2 de la Ley N° 2523/04 expresa: “Esta ley será aplicable a toda persona que cumpla una función pública, o tenga facultades de uso, custodia, administración o explotación de fondos, servicios o bienes públicos, cualquiera sea la denominación del cargo, o su forma de elección, nombramiento o contratación”.

Este precepto estructura el concepto normativo de funcionario público aplicable al delito de enriquecimiento ilícito en dos partes bien diferenciadas. Según la primera, la ley reputa funcionario público *a toda persona que cumpla una función pública, cualquiera sea la denominación del cargo, o su forma de elección, nombramiento o contratación*. La segunda, amplía dicho concepto aumentando el posible círculo de autores a toda persona que *tenga facultades de uso, custodia, administración o explotación de fondos, servicios o bienes públicos*.

La primera parte del precepto parece presentar el mismo criterio adoptado por el CPPyO de considerar funcionario público a efectos penales a toda persona que efectivamente cumple funciones públicas. Sin embargo, cuando el precepto utiliza la terminología “cualquiera sea la denominación del cargo o su forma de elección, nombramiento o contratación”, es claro que la ratio de la norma penal se refiere a personas que cumplen actividades públicas a través de cualquier cargo o función contemplado y regulado desde el punto de vista del Derecho público, y de los que otorgan a su titular un status jurídico del que se desprenden deberes funcionales que regulan el desempeño de sus funciones. Es decir, la Ley N° 2523/04 considera autor del delito de enriquecimiento ilícito a los sujetos que desempeñan funciones públicas por ostentar cargos públicos cuyo vínculo con el Estado son de naturaleza constitucional (los de elección popular: Presidente y vicepresidente de la República<sup>122</sup>, representantes del Poder Legislativo<sup>123</sup>, y autoridades municipales<sup>124</sup>), de naturaleza administrativa (los que se acceden a un cargo por medio de nombramiento de autoridad competente, como los funcionarios propiamente dichos y los funcionarios de confianza<sup>125</sup>), o de naturaleza contractual (los que ejercen una función pública de forma temporal por medio de un contrato celebrado con la administración<sup>126</sup>). Este razonamiento puede apreciarse en los distintos fallos que existen en la justicia paraguaya sobre enriquecimiento ilícito en los que han sido procesados un Expresidente de la República<sup>127</sup>, un funcionario de aduanas<sup>128</sup>, un senador activo<sup>129</sup> y varios funcionarios militares<sup>130</sup>.

Por otra parte, la norma prevista en el art.2 de la Ley N° 2523/04 concede una doble vía para considerar a un sujeto funcionario público a efectos penales, ya que utiliza la conjunción disyuntiva “o” que significa alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas. Así, la segunda parte de la citada norma extiende dicha calidad jurídica a ciertas personas que, aún no siendo funcionarios públicos, son equiparadas a los mismos a efectos de la aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito, siempre y cuando se cumplan en su persona las condiciones y circunstancias previstas en la ley. En este caso el legislador ha dado la consideración de

<sup>122</sup> Art. 230 de la CNP: “El presidente de la república y el vicepresidente serán elegidos conjunta y directamente por el pueblo, por mayoría simple de votos, en comicios generales que se realizarán entre noventa y ciento veinte días antes de expirar el periodo constitucional vigente”.

<sup>123</sup> Art. 182 de la CNP: “Los miembros titulares y suplentes de ambas cámaras serán elegidos directamente por el pueblo, de conformidad con la ley”.

<sup>124</sup> Art 167 de la CNP: “El gobierno de los municipios estará a cargo de un intendente y de una junta municipal, los cuales serán electos en sufragio directo por las personas habilitadas legalmente”.

<sup>125</sup> Arts. 4 y 8 de la LFPP.

<sup>126</sup> Art. 5 de la LFPP.

<sup>127</sup> SDTS N° 39 de fecha 4 de diciembre de 2006.

<sup>128</sup> SDTS N° 215 de fecha 31 de julio de 2007.

<sup>129</sup> Autointerlocutorio N° 1455 dictado por el Juzgado Penal de Garantías N° 11, de fecha 29 de diciembre de 2010.

<sup>130</sup> SDTS 315 de fecha 14 de octubre de 2008; SDTS 392 de fecha 5 de diciembre de 2008.

«intrañei» a sujetos que, en principio, no podrían ser autores del delito en estudio porque falta en ellos la condición funcionarial que hemos señalado más arriba<sup>131</sup>.

El fundamento de esta equiparación o ampliación del círculo de posibles autores del delito de enriquecimiento ilícito radica en dos razones: en la particular relación que circunstancialmente poseen determinados particulares con la función pública al gestionar intereses públicos a través de la realización de determinadas actividades que implican facultades de uso, custodia, administración o explotación de fondos, servicio o bienes públicos, y porque efectivamente el particular puede realizar el comportamiento prohibido en el tipo penal<sup>132</sup>. Sobre esta particular situación sostiene BERDUGO: “En relación con los sujetos, las conductas de corrupción han pasado de ser realizadas exclusivamente por funcionarios, a poder ser llevadas a cabo por cualquier persona que desempeñe funciones de transcendencia pública tenga o no la condición funcionarial. En ese contexto la corrupción tiene como potencial sujeto a quien ejerce funciones públicas en beneficio de intereses privados”<sup>133</sup>.

Esta clase de disposiciones extensivas ha sido avalada por ciertos sectores de la doctrina debido al amplio desarrollo que están experimentando en nuestros días las empresas privadas que colaboran con la administración pública para la gestión de ciertas funciones o servicios públicos<sup>134</sup>. En ese sentido, existe consenso –especialmente en otros delitos contra el ejercicio de las funciones públicas como el peculado o la malversación de caudales públicos– de que todo particular que se ve inmerso en actividades que le facultan administrar o explotar fondos, servicios o bienes públicos, a pesar de no ser funcionarios, están realizando actividades consideradas como de «función pública» en atención al carácter público de los bienes o efectos, y por lo tanto, asumen determinados deberes de custodia y la obligación de garantizar el correcto desempeño de tales actividades o servicios.

Aquí el sujeto no se halla en frente al bien jurídico por un título jurídico, sino por la posición fáctica que le confiere las especiales condiciones que caracterizan a su actividad, las cuales son fijadas explícitamente en la ley (facultades de uso, custodia, administración o explotación de fondos, servicio o bienes públicos). Estas especiales condiciones traducen que el sujeto ha creado una relación de confianza especial o garantía en las que asume la responsabilidad de asegurar un determinado bien, como cuando los titulares de una organización sustituyen la protección elemental estatal<sup>135</sup>. Un ejemplo claro de este caso constituye la

<sup>131</sup> Otros países también han decidido extender la aplicabilidad del delito de enriquecimiento ilícito a sujetos que no poseen la calidad de funcionario público. En Pakistán, el art. 9 de la Corruption Practices Act de la National Accountability Ordinance (Possession of Property Disproportionate to Know Sources of Income) permite aplicar este delito “a un funcionario público o a cualquier persona”. En ese sentido, la CSJ de Pakistán en el caso *Abdul Aziz Memon v. State* (2003, YLR 617) ha afirmado que el citado precepto define un sujeto activo amplio que se aplica a todos los ciudadanos de Pakistán, como también a cualquier persona incluyendo a los funcionarios públicos.

<sup>132</sup> Explica POLAINO NAVARRETE que ocasiones típicas diversas, un conjunto de personas son consideradas como si fuesen funcionarios públicos, sin serlo en absoluto, tanto por no reunir los requisitos legales para su nombramiento concreto como tales, como por no haber sido objeto de nombramiento alguno. En tales hipótesis se opera con un concepto legalmente presunto de funcionario público, en el marco de previsiones extensivas de punibilidad y equiparadoras de lo privado y lo público. Así, el ordenamiento punitivo efectúa una asimilación de determinados sujetos a los funcionarios públicos, equiparándoles en desvaloración de conductas penalmente incriminadas, en virtud de la relación de las mismas a la función pública a la que afectan (POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 277).

<sup>133</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal*. op. cit. pág. 187.

<sup>134</sup> ROLDÁN BARBERO, Horacio. *El delito de malversación*, en: Muñoz Conde, Francisco (Dirección): *Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal*. op. cit. pág. 29.

<sup>135</sup> Sobre las relaciones de confianza especial que generan deber de garante, Vid: JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. págs. 999-1003.

concesión de un servicio público<sup>136</sup>, pues los particulares beneficiados con la concesión asumen una posición de garante que les obliga a garantizar la satisfacción de una necesidad general a través de la prestación regular de un servicio u obra pública, de acuerdo a determinados parámetros de calidad, continuidad y seguridad. De ahí que actualmente no se discuta que una persona física o jurídica, por medio de un contrato de concesión, realice una función pública que originalmente pertenece al Estado<sup>137</sup>.

Como se aprecia, este deber de garante no se deriva de un título o vínculo estatuario con el Estado (porque estos particulares no son funcionarios públicos en sentido estricto), sino que se asume por consecuencia de la ley y del contrato de concesión. De esta manera, no cabe duda que los particulares que tienen a su cargo una empresa concesionaria son equiparados a los funcionarios públicos a efectos penales, y por consiguiente, serán posibles autores del delito de enriquecimiento ilícito porque el objeto del contrato de concesión les otorga la facultad de explotar bienes, obras o servicios públicos<sup>138</sup>, circunstancia fáctica que encaja perfectamente con lo dispuesto en el art. 2 de la Ley N° 2523/04.

Es importante destacar que parte de la doctrina no comparte esta perspectiva ampliatoria del concepto penal de funcionario público. POLAINO NAVARRETE argumenta que si bien en el Derecho penal tiene mayor relevancia los fundamentos sustantivos del ejercicio de una actividad o de asunción de una situación de garantía, no por ello es en modo alguno desdeñable el aspecto formal de la proclamación de los deberes jurídicos, en orden a la tutela de los objetos de protección de los tipos penales. Desde esta perspectiva, el concepto de funcionario público no debería desvirtuarse extensivamente por una pretendida proyección de funcionalidad pragmática, a toda persona que, por cualquier concepto y en cualquier situación, de algún modo tome parte en el desempeño de una actividad correspondiente al ejercicio de la causa pública<sup>139</sup>.

Debe puntualizarse que si se quiere asemejar la situación legal de un particular a la de un funcionario público a efectos penales, a fin de que pueda responder por delitos cuya comisión está reservada exclusivamente a estos últimos, será siempre necesaria una previsión expresa en la ley penal que así lo permita<sup>140</sup>. Si el legislador conciente esta posibilidad es debido a que estos particulares pueden vulnerar el bien jurídico tutelado de igual forma que los funcionarios públicos al ser capaces de realizar los mismos ilícitos tipificados para estos últimos<sup>141</sup>. Así, la extensión de posibles autores dispuesta en el art. 2 de la Ley N° 2523/04 estaría cumpliendo la

<sup>136</sup> Art. 1 de la Ley 1618/00 De Concesión de obras y servicios públicos: “Para los fines previstos en esta ley se considera, Concesión: “el acto jurídico de derecho público en virtud del cual los tres poderes del Estado, los gobiernos departamentales o las municipalidades delegan mediante contrato en un concesionario seleccionado por licitación, la facultad de prestar un servicio o construir una obra de utilidad general”.

<sup>137</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública*. op. cit. pág. 467 “por una parte, la administración confía la ejecución de servicios públicos de carácter técnico a empresarios privados –a través de la concesión, el concierto o el arrendamiento de servicios- a los que estima mejor equipados para cumplirlos de manera; de otra, al lado de estas personas privadas (que en el fondo actúan como auténticos agentes administrativos) que ejecutan tareas de interés general, existen órganos fácticamente privados, que en realidad son organismos públicos, cuyo carácter privado solo es una fachada jurídica y, en el fondo, no constituyen más que prolongaciones disimuladas de la administración”.

<sup>138</sup> Art. 22 de la Ley 1618/00: “El concesionario estará facultado para explotar los bienes, obras y servicios principales y anexos objetos de la concesión según las condiciones del contrato, por cuenta propia o por terceros”.

<sup>139</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 380.

<sup>140</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *El delito de cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*. op. cit. pág. 167.

<sup>141</sup> Menciona MÉNDEZ RODRÍGUEZ que la equiparación de estas dos figuras responde a que las mismas comparten un mismo elemento común, que es la similar posición respecto a la afeción, que es el medio o instrumento del que se sirven los agentes para la afectación del bien jurídico (MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*, en: Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. José Ramón Casabó Ruiz. II Volumen. Universidad de Valencia. Año 1997. pág. 362).

función de cláusula permisiva que posibilita que penalmente puedan ser sujetos activos del delito de enriquecimiento ilícito determinados particulares que realizan actividades con fines públicos cuyas condiciones y particularidades se encuentran previstas en la ley. Lo que demuestra que dicho precepto sigue manteniendo un concepto penal marcadamente teleológico de funcionario público al igual que el adoptado en el CPPyo.

Por último, es necesario hacer una objeción al concepto penal de funcionario público previsto en la Ley N° 2523/04. Desde nuestro punto de vista, una cosa es que el legislador haya decidido extender la consideración penal de funcionario público a determinados particulares, y otra cosa distinta es que se castigue al particular con la misma gravedad que a los funcionarios públicos. En otras palabras, el legislador somete la misma responsabilidad penal de los funcionarios a personas que no tienen dicha calificación jurídica. En ese sentido, POLAINO NAVARRETE señala que el desvalor de la conducta corrupta de los particulares no debe equipararse a la que corresponde a los funcionarios, pues la responsabilidad derivada de la asunción de deberes públicos no es en ambos casos idéntica, ni tampoco merece ser equiparada<sup>142</sup>. Esto deviene así, porque aunque el particular pueda realizar las conductas punibles descritas en el delito de enriquecimiento ilícito, no puede afirmarse que tenga la misma capacidad funcional para afectar el bien jurídico tal como lo podría hacer un funcionario público. De esta manera, la equiparación mencionada en el art. 2 de la Ley N° 2523/04 sin el debido establecimiento de un marco penal atenuado para los particulares, de acuerdo a su propio desvalor, atenta con el principio de proporcionalidad.

#### **7.1.4. El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial impropio.**

Colombia es el único país latinoamericano que contempla al delito de enriquecimiento ilícito como delito especial impropio<sup>143</sup>, ya que su legislación penal no sólo incrimina el enriquecimiento ilícito del funcionario público sino también el de los particulares. El primer antecedente normativo que existe en Colombia del delito de enriquecimiento ilícito de particulares se encuentra en el Decreto N° 1895 de fecha 24 de agosto de 1989, que fue dictado por el entonces presidente de la República colombiana Virgilio Barco en el marco de las facultades excepcionales que le otorgaba el estado de sitio previsto en el art. 121 de la Constitución colombiana de 1886. El art. 1 del citado decreto rezaba: “mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, 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 en prisión, por ese hecho, de cinco a diez años y, multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado”.

La incriminación del tipo impropio del delito de enriquecimiento ilícito tuvo su justificación en la lucha que el Estado colombiano había iniciado contra los beneficios ilícitos procedentes del narcotráfico que tanto había azotado a la sociedad de dicho país en los años ochenta<sup>144</sup>, aunque de acuerdo al tipo penal el incremento patrimonial injustificado podía

<sup>142</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 381.

<sup>143</sup> Bolivia también ha introducido a su legislación penal el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, pero observando la conducta típica parecería más a un delito contra el patrimonio del Estado, ya que sanciona a toda persona natural que mediante actividad privada hubiere incrementado desproporcionalmente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos afectando el patrimonio del Estado, no logrando desvirtuar tal situación.

<sup>144</sup> El gobierno que presidía en aquel entonces la República de Colombia había dispuesto por Decreto N° 1038 de 1984 “turbado el orden público” y declarado el estado de sitio en todo el territorio nacional. Dicho decreto señaló como una de las causas de turbación del orden público, la acción persistente de grupos armados y de organizaciones relacionadas con el narcotráfico, orientada a desestabilizar el funcionamiento de las instituciones. Además, argumentaba el citado decreto que la acción de estos grupos y de esas organizaciones vinculadas al narcotráfico habían producido el incremento patrimonial de diferentes personas, por lo que en la medida en que se combatía ese incremento patrimonial injustificado de personas vinculadas directa o indirectamente a dichos grupos, podrá atacarse esta actividad delictiva y lograrse el restablecimiento del orden público. Sobre los fundamentos del Decreto

originarse no sólo por causa del narcotráfico, sino también en cualquier otra actividad delictiva. La Sala de Casación Penal de la CSJ de Colombia ha interpretado al delito de enriquecimiento ilícito previsto en el art. 1º del Decreto N° 1895 señalando: “se trata de un tipo de conducta permanente, de sujeto activo indeterminado, caracterizado por los ingredientes normativos de un injustificado aumento patrimonial y con origen en actividades delictivas. La conducta está vinculada con los derechos y obligaciones de carácter económico y cuya incorporación al haber personal impone la necesidad de establecer si es conforme o contraria a derecho la relación jurídica a través de la cual se obtuvo el bien. Así mismo, es el enriquecimiento ilícito de particulares un delito pluriofensivo, esencialmente propende porque el incremento de los haberes no corresponde a un justo título. Desde luego que la previsión del legislador está tutelando la seguridad pública y la moral social”<sup>145</sup>.

El actual código penal colombiano mantiene las dos modalidades del delito de enriquecimiento ilícito, en el art. 412 el de los servidores públicos: “el servidor público que durante su vinculación con la Administración o dentro de los cinco años posteriores a su desvinculación, obtenga, para si o para otro, un incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve a quince 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 noventa y seis a ciento ochenta meses”. Este tipo penal encuentra correspondencia fáctica con el delito común previsto en el art. 327 del mismo cuerpo legal (enriquecimiento ilícito de particulares): “el que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para si 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”.

Puede apreciarse que estos dos delitos contienen el mismo injusto al perseguir incrementos patrimoniales injustificados, pero se diferencian en el bien jurídico protegido y en la extensión de los posibles sujetos activos. En el primer caso, el bien jurídico protegido es la administración pública y la autoría se restringe exclusivamente a los servidores públicos. En el segundo, el bien jurídico es el orden económico social y la norma no es restrictiva, en atención a que el tipo penal comienza con término «el que», por lo tanto, pueden ser autores todas las personas que tengan capacidad para ser responsables penalmente<sup>146</sup>. La conducta descrita en el art. 327 tiene la particularidad de que además del incremento patrimonial no justificado, debe demostrarse que tal enriquecimiento ha sido obtenido “de una u otra forma” de actividades al margen de la ley; en cambio, el art. 412 carece de éste último elemento normativo porque en dichos casos no se puede demostrar el origen ilícito del incremento patrimonial<sup>147</sup>. Por último, la consecuencia más importante de esta distinción de sujetos activos se visualiza en los marcos penales de ambos delitos, siendo el especial propio más grave (prisión de nueve a quince años) en comparación al impropio (prisión seis a diez años)<sup>148</sup>.

---

1895 de fecha 24 de agosto de 1989, Vid: Sentencia de fecha 4 de abril de 2001 de la Sala de Casación Penal de la CSJ de Colombia. Proceso N° 16.356.

<sup>145</sup> Sentencia de fecha 18 de julio de 2001 de la Sala de Casación Penal de la CSJ de Colombia. Proceso N° 15.348.

<sup>146</sup> El art. 327 del CP colombiano puede ser ejecutado por cualquier particular, es decir, por aquellas personas que no sean servidores públicos ni hayan ejercido funciones públicas en los cinco años anteriores, pues en tales casos la tipicidad deberá examinarse de acuerdo con el Art. 412 del mismo cuerpo legal (PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. op. cit. pág. 662).

<sup>147</sup> PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. op. cit. pág. 895.

<sup>148</sup> Se observa que el delito de enriquecimiento ilícito de particulares previsto en el art. 327 del CP colombiano mantiene una idéntica estructura típica con relación a la de su antecedente inmediato dispuesto en el Decreto N° 1895 de 1989, con la única diferencia de que el legislador colombiano ha decidido elevar en el art. 327 la sanción mínima del marco penal de cinco a seis años de pena de prisión y el valor de la multa.

## 7.2. **Ámbito temporal en que debe realizarse la conducta punible.**

Se ha matizado que en los delitos especiales la calidad jurídica que determina al sujeto activo denota la existencia de una estrecha conexión con el bien jurídico protegido, la cual es tomada en cuenta de forma especial por el legislador a la hora de configurar la estructura de los tipos penales. Esto es así porque la posición del agente frente al objeto de tutela refleja la existencia de una relación típica entre ambos, puesto que cuando el sujeto desarrolla las funciones sociales o institucionales inherentes a su status adquiere la clase de dominio, influencia o poder que los tipos reclaman como condición *sine qua non* para ejecutar las acciones de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos<sup>149</sup>.

Si el legislador ha agrupado un conjunto de delitos que tienen como fin la protección de la función pública, es porque ha querido preservar ese ámbito de tutela de los ataques provenientes de la organización burocrática del Estado que se producen cuando sus miembros, al desempeñar sus funciones, se apartan de los deberes especiales que orientan sus cargos<sup>150</sup>. Pero en vista a que en el delito en estudio no es necesario probar el ejercicio ilegal o abusivo con el cual el funcionario se enriquece, el legislador ha establecido como requisito ineludible para la tipicidad de las conductas incriminadas que éstas y su resultado (el enriquecimiento patrimonial) se realicen en un ámbito temporal que coincide con el desempeño efectivo por parte del funcionario de las actividades que son inherentes a su status funcional, es decir, durante el tiempo que ejerce su cargo público.

El art. 3 de la Ley N° 2523/04 se refiere al respecto diciendo “*comete hecho punible de enriquecimiento ilícito... quien con posterioridad al inicio de su función, incurra en cualquiera de las siguientes situaciones...*”. La expresión «con posterioridad al inicio de su función» denota un elemento normativo que vincula las conductas típicas con el bien jurídico protegido (la función pública), por lo que no podrá considerarse penalmente relevante cualquier conducta realizada por el sujeto que produzca el incremento o mejoramiento de su patrimonio<sup>151</sup>, sino sólo aquellas acaecidas durante el periodo de tiempo que parte desde que adquiere la calidad funcional, hasta el momento en que la pierde<sup>152</sup>. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia paraguaya, ya que puede leerse en el AyS N° 40 de fecha 14 de julio de 2009 dictado por la TAC 3ª Sala lo siguiente: “se presume enriquecimiento ilícito cuando el aumento del capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener, en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente, y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa justa. La conducta típica es obtener un incremento patrimonial no justificado con ocasión del cargo o de sus funciones”.

Bajo este criterio el tribunal de alzada que emitió la citada resolución judicial resolvió revocar la sentencia que condenó a un funcionario público de las fuerzas militares por un delito de enriquecimiento ilícito. El fiscal de la causa promovió la acción penal pública contra el funcionario militar porque había adquirido una aeronave y otros enseres relacionados a la misma, cuyo valor de compra no se correspondía con los ingresos que legalmente había obtenido por el ejercicio de su cargo. Sin embargo, el tribunal de apelaciones después de analizar las constancias de la causa penal, sostuvo como uno de los fundamentos para revocar

<sup>149</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *Los delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 331.

<sup>150</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. op. cit. pág. 138.

<sup>151</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. op. cit. pág. 122.

<sup>152</sup> Este enfoque ha sido adoptado taxativamente en el tipo penal de enriquecimiento ilícito previsto en la legislación penal de El Salvador que expresa: “Se presume enriquecimiento ilícito cuando el aumento del capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones...”.

dicha sentencia que el acusado había solicitado su retiro voluntario del ejército paraguayo en fecha 11 de agosto de 1999, volviendo al servicio activo en fecha 19 de septiembre de 2003, y que el mismo había realizado el acto de compra de la aeronave en fecha 24 de mayo de 2003. De esta forma, la adquisición de la aeronave se produjo en un periodo de tiempo en que el acusado no poseía la calidad de funcionario público, por lo que el tribunal de apelaciones concluyó que la acción penal respecto a los hechos punibles establecidos en la Ley 2523/04 no podía ser aplicada a un ciudadano común, sino única y exclusivamente al funcionario público, que no era el caso del acusado por expreso imperio de la ley.

El encuadramiento temporal de las conductas típicas tiene su fundamento en la presunción de que si un funcionario público durante el desempeño de sus funciones aumenta o mejora injustificadamente la posición económica de su patrimonio, es porque lo ha conseguido por medios ajenos a los estrictamente funcionales, es decir, a través del ejercicio abusivo o deshonesto de su cargo. De esta manera, la inclusión del elemento normativo aludido dentro del tipo penal estaría justificado en la posición favorable que le ofrece al funcionario el cargo público que ostenta, puesto que su ejercicio implica en mayor o menor grado la disposición de facultades, medios y poderes, hasta incluso de subordinación de acuerdo a su jerarquía, que son todas tenidas en cuenta para conseguir los beneficios económicos indebidos que constituyen su propósito final.

En la literatura latinoamericana existen autores que no comparten del todo lo recién afirmado. En Argentina, RIMONDI (para quien el bien jurídico tutelado por el delito de enriquecimiento ilícito es la probidad con la que el funcionario debe conducirse en su obrar público) afirma que ni siquiera resulta trascendente que los actos del funcionario público afecten o no a la administración pública, dado que la probidad es un valor inescindible de la persona, y por lo tanto, la misma no puede ser a la vez proba en el ejercicio de las funciones públicas y deshonestas en el resto de su vida de relación. De tal modo, cualquiera sea el origen del incremento patrimonial ilegítimo afecta igualmente la probidad del funcionario público<sup>153</sup>. Esta postura debe ser rechazada desde el inaceptable punto de vista que mantiene el mencionado autor sobre el objeto de tutela protegido por el delito de enriquecimiento ilícito, y además, contra este tipo de afirmaciones ya se manifestaba OCTAVIO DE TOLEDO quien ponía de relieve que el legislador, cuando agrupa delitos que son cometidos por funcionarios, sólo le interesa aquellos que son cometidos por éstos precisamente cuando ejercen el cargo y no en otras ocasiones en las que un empleado público realiza acciones consideradas delictivas, es decir, fuera del ejercicio de ese cargo que desempeña<sup>154</sup>.

Un ejemplo ilustrativo de esta idea constituye el caso de una persona que ejerce un cargo público por las mañanas, y por las tardes integra un grupo criminal dedicado a la realización de delitos patrimoniales (hurtos, robos, etc.), participación que le reporta determinados beneficios que posibilitan el incremento su patrimonio. Aunque estas conductas pueden realmente originar un incremento patrimonial del funcionario público, deberían ser atípicas a los efectos del delito de enriquecimiento ilícito porque no tienen relación alguna con un determinado ejercicio incorrecto o deshonesto de cargo público, y por consiguiente, son penalmente irrelevantes e incapaces de producir una afectación concreta a la función pública.

El delito de enriquecimiento ilícito centra la tipicidad de la conducta punible en que el incremento patrimonial del funcionario se produzca dentro del periodo de tiempo establecido en la norma sin imputar a un determinado hecho disfuncional el origen del tal enriquecimiento, lo cual demuestra que el legislador se ha adherido al criterio seguido en el art. IX de la CICC que

<sup>153</sup> RIMONDI, Jorge Luis. *Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública*. op. cit. pág. 285.

<sup>154</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. op. cit. pág. 141.

exige que el excesivo incremento patrimonial del funcionario se origine durante el ejercicio de sus funciones públicas para ser considerado penalmente relevante. Esta misma orientación comparten los tipos penales de enriquecimiento ilícito previstos en los códigos penales de Argentina<sup>155</sup>, Chile<sup>156</sup>, y Colombia<sup>157</sup>. En cambio, en países como México<sup>158</sup>, Perú<sup>159</sup> o Costa Rica<sup>160</sup>, el tipo penal en estudio sí exige una vinculación entre el incremento patrimonial del funcionario y el ejercicio funcional del cargo público. DÍAZ ARANDA manifiesta que de acuerdo al delito de enriquecimiento ilícito previsto en el art.224 del código penal mexicano, no basta el hecho de que el enriquecimiento del funcionario público se haya verificado durante el tiempo de su encargo, sino que es además necesario que él se produzca como resultado del uso indebido del empleo, cargo o comisión públicos<sup>161</sup>. Idéntica postura es compartida por CARO CORIA en relación al mismo delito contemplado en el art.401 del código penal peruano, diciendo que es insuficiente para la tipicidad que el mero resultado del enriquecimiento alcance al tiempo del cargo si además no se cuenta con un criterio claro de atribución al desempeño del mismo<sup>162</sup>. Al respecto, el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal con sede en Lima (Perú), ante la cuestión planteada de si para la determinación del tipo penal de enriquecimiento ilícito es necesaria la existencia de una relación causal entre el enriquecimiento y la posición funcional del funcionario pública, ha respondido lo siguiente: “Conclusión Plenaria: Por mayoría el pleno acuerda que sí es necesaria la configuración de una relación causal, toda vez que por la naturaleza del ilícito, el funcionario debe haber hecho uso de su cargo para incrementar ilícitamente su patrimonio”<sup>163</sup>.

La decisión del legislador paraguayo de no incluir en el tipo penal la determinación de una actuación disfuncional como hecho causal del enriquecimiento tendría su razón en lo difícil que resulta en muchos casos la prueba de que los bienes que adquiere el funcionario tienen su origen o proceden de una actividad delictiva relacionada con el ejercicio del cargo público<sup>164</sup>. Es

<sup>155</sup> Art. 268 (2) del CP argentino: “Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, .... el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo..., ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño...”.

<sup>156</sup> Art. 241 (bis) del CP chileno: “El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial injustificado...”.

<sup>157</sup> Art. 412 del CP colombiano: “El servidor público que durante su vinculación con la Administración o dentro de los cinco años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, un incremento patrimonial injustificado...”.

<sup>158</sup> Art. 224 del CP mexicano: “Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito...”.

<sup>159</sup> Art. 401 del CP peruano: “El funcionario o servidor que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente...”.

<sup>160</sup> Art. 45 de la Ley 8422/04: “Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos...”.

<sup>161</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. op. cit. pág. 92.

<sup>162</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 194.

<sup>163</sup> Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Nacional Penal de Lima (Perú), fecha 21 de junio de 2008. Dispone en: [http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/CorteSuprema/Ccij/documentos/Conclusiones\\_Pleno\\_Jurisdiccional\\_Nacional\\_Penal\\_010708.pdf](http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/CorteSuprema/Ccij/documentos/Conclusiones_Pleno_Jurisdiccional_Nacional_Penal_010708.pdf).

<sup>164</sup> Comenta BLANCO CORDERO que la ciencia jurídico-penal ha desarrollado teorías para afirmar la existencia de una relación de causalidad entre un comportamiento y un resultado que sirvan para determinar qué bienes están conectados causalmente con una actividad delictiva previa. Siguiendo la teoría más comúnmente aceptada de la equivalencia de las condiciones, y recurriendo a la fórmula de la *conditio sine qua non*, se puede afirmar que un bien procede de una actividad delictiva cuando, suprimiendo mentalmente tal actividad previa, el bien desaparecería en su concreta configuración. Esta concreta configuración incluye todo lo relacionado con la existencia, composición material, valor o titularidad económica del bien. En sentido negativo, no existirá nexo causal si la actividad previa no constituye una condición de la situación patrimonial actual o la existencia del bien. Así, una actividad delictiva previa es causa de un bien cuando repercute directa o indirectamente en su existencia, composición material, valor, en su titularidad, posesión o custodia (BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales*. RECPC 13-01. Año 2011. pág. 22).



decir, no se puede saber a ciencia cierta si el enriquecimiento tuvo su origen en un ejercicio deshonesto del cargo público, en actos ilícitos cometidos por el funcionario en momentos en los que no desempeñaba sus funciones, incluso, como se ha manifestado anteriormente, la casuística haría admitir la posibilidad de que el funcionario se procurase recursos económicos a través de actos inmorales, pero socialmente tolerados (por ejemplo, el ejercicio de la prostitución), de ahí que el legislador haya tenido que recurrir a la utilización de una “relación causal hipotética” expresada en la exigencia temporal prevista en el tipo con la que infiere directamente que todo incremento patrimonial injustificado de un funcionario que se produce durante el ejercicio de sus funciones públicas tiene un origen ilícito.

La elección de un ámbito temporal como criterio de imputación de la responsabilidad penal ha tenido como uno de sus fundamentos el hecho de que los actos de corrupción son negocios subrepticios, y la posibilidad de probar los distintos actos con los cuales el funcionario obtiene sus beneficios indebidos es casi nula, por los obstáculos legales o procesales que presenta el mismo sistema penal. En todo caso, si se descubre que el enriquecimiento del funcionario proviene del ejercicio ilegal de su cargo o de algún otro delito común no relacionado con sus funciones, lo procedente sería aplicar las correspondientes disposiciones previstas en el código penal para estos casos<sup>165</sup>. Desde nuestra perspectiva, estos han sido los motivos que llevaron al legislador a no incluir un nexo de imputación entre el incremento patrimonial y el ejercicio abusivo e ilegal del cargo en la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito, apartándose de esta forma del criterio asumido en el anterior tipo de enriquecimiento ilegítimo previsto en el DL N° 448/40 que requería que el enriquecimiento del funcionario derivase necesariamente del ejercicio deshonesto del cargo o de la influencia derivada del mismo.

En derecho comparado existen países que extienden el periodo de imputación en el que se debe verificar el enriquecimiento del funcionario aún con posterioridad al término de sus funciones, como es el caso de los delitos de enriquecimiento ilícito contemplados en los arts. 268 (2) del código penal argentino, 412 del código penal colombiano, 345 del código penal panameño y 254 del código penal de Puerto Rico, que permiten considerar ilícito a cualquier incremento patrimonial injustificado que haya experimentado el funcionario desde la asunción del cargo o empleo público, hasta dos años después de haber cesado su vinculación con el Estado en el primer caso, y hasta cinco años respectivamente para los tres últimos.

La doctrina ha criticado esta amplitud del ámbito temporal típico porque en estos casos el enriquecido ha perdido su calidad de funcionario, ni los actos de enriquecimiento pueden ser reputados como que han tenido lugar durante el ejercicio de sus funciones<sup>166</sup>. Sin embargo, existen posturas que justifican la punición del enriquecimiento posterior al cese del cargo. En relación a la ampliación del ámbito temporal punible prevista en el art.268 (2) de código penal argentino, COLOMBO e IPOHORSKI mencionan que esta extensión tendría sus causas en la

<sup>165</sup> ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. *El enriquecimiento ilícito. Aspectos jurídico-procesales*. op. cit. pág. 62 “Si el delito consiste en obtener un incremento patrimonial injustificado, de manera que el delito se consuma en el momento en que se aumentan los haberes del funcionario, es posible que en la práctica sea casi siempre imposible establecer con nitidez el momento en que esto ocurra, por si el enriquecimiento proviene de la comisión de un delito en particular y este es descubierto, lo procedente es aplicar la disposición específica”.

<sup>166</sup> Inclusive, existen países que dejan abierto el ámbito temporal de imputación del enriquecimiento permitiendo que todo «aquél que haya sido funcionario público» pueda ser responsable del delito de enriquecimiento ilícito por el resto de su vida. En este sentido, el art. 12 de la Prevention of Corrupt Act del Estado de Brunei Darassalam (Posesión injustificada de bienes) expresa: “Cualquier persona que sea o haya sido funcionario público, (a) mantenga un nivel de vida por encima de sus emolumentos presentes o pasados, (b) se encuentre en control de recursos pecuniarios o bienes cuyo valor sea desproporcionado en relación a sus emolumentos presentes o pasados, salvo que ofrezca una satisfactoria explicación al tribunal acerca de cómo ha podido mantener dicho nivel de vida o tales bienes o recursos pecuniarios bajo su control, será culpable de delito. (Vid: MUZILA, Lindy; MORALES, Michelle; MATHIAS, Marianne; BERGER, Tammar. *On the take. Criminalizing illicit enrichment to fight corruption*. op. cit. pág. 17).

posibilidad de que el funcionario pretenda justificar que su incremento patrimonial haya ocurrido luego de que dejara de prestar servicios al Estado, habiendo para entonces prescindido de la utilización de personas interpuestas que impedían identificar al verdadero beneficiario de los bienes. Además, el funcionario saliente se sentiría más seguro y menos sujeto al escrutinio de su estado patrimonial y de su círculo íntimo que cuando estaba en la función pública y, por ello, decide blanquear su verdadera situación patrimonial, probablemente para evitar los riesgos que asume con los testaferros o por los altos costos que supone el ocultamiento de los bienes a través de refugios fiscales, fondos fiduciarios u otras complejas entidades societarias y financieras.

No obstante, la razón que más fuerza tendría y la que más se ajusta a la realidad fáctica de los hechos de corrupción, radica en la probabilidad de que el origen del enriquecimiento sea una consecuencia de actos o decisiones tomadas mientras se encontraba en la función pública, pero cuyo efectos beneficiosos para el funcionario o la persona interpuesta recién tengan lugar una vez que se aleja de la función, como una forma de aventar toda sospecha sobre su desempeño<sup>167</sup>.

### 7.3. La conducta típica.

Los comportamientos típicos que conforman el delito de enriquecimiento ilícito se encuentran descritos en el art.3 de la Ley N° 2523/04 que dice:

#### Enriquecimiento ilícito.

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

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

La legislación penal paraguaya ha sufrido una notable transformación después de la sanción de la CNP de 1992 y de la entrada en vigencia del CPPyo de 1997, que se nota especialmente en la forma con la que el legislador tipifica las conductas que considera indeseables en los distintos ámbitos sociales en los que participa el ciudadano. En ese sentido, puede apreciarse un claro cambio en la redacción de la nueva figura típica del delito de enriquecimiento ilícito con relación a la contenida en el art.1 del DL N° 448/40. Este decreto, además de tener rasgos fuertemente inquisidores que violentaban derechos constitucionales pertenecientes a todo ciudadano, centraba el núcleo de la conducta típica del delito de enriquecimiento ilegítimo en tres elementos normativos: a) la calidad de funcionario público del sujeto activo, b) la apreciabilidad de un enriquecimiento patrimonial, y c) que dicho

<sup>167</sup> COLOMBO, Marcelo; IPOHORSKI LENKIEWICZ, José. *Evolución legislativa reciente y análisis de la figura penal en el enriquecimiento ilícito*, en: Bruzzone, Gustavo; Gullco, Hernán (Coordinadores): *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. pág. 100; ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. *El enriquecimiento ilícito. Aspectos jurídico-procesales*. op. cit. pág. 30 “Puede acontecer, por ejemplo, que durante el real ejercicio del cargo se produzca un enriquecimiento potencial, supeditado a ciertas condiciones y que el ingreso real se efectúe cuando ya el empleado oficial ha dejado de serlo”.

enriquecimiento haya provenído del ejercicio ilegal o deshonesto del cargo o, de la influencia derivada del mismo.

La conducta típica del nuevo delito de enriquecimiento ilícito, a diferencia de su antecedente legislativo, no hace referencia al término «enriquecerse» u otro similar, como tampoco a la formulación de cualquier acto abusivo del cargo público como medio para procurarse los recursos indebidos que incrementan la riqueza del funcionario, en razón a los obstáculos legales y procesales que normalmente imposibilitan la acreditación de estos hechos. Al respecto, puede decirse que el legislador se ha apartado de la técnica legislativa adoptada por otras legislaciones penal latinoamericanas al haber prescindido de cualquier expresión que se derive del verbo enriquecer como elemento central del tipo (por ejemplo, «el funcionario que se enriquece injustificadamente» o «el funcionario que obtiene un incremento patrimonial relevante e injustificado»), debido a que no estaría describiendo de manera clara y precisa los actos con los que el funcionario público posibilita el incremento de su patrimonio en claro quebrantamiento del principio de legalidad<sup>168</sup>.

Por otra parte, gracias a los aportes de la jurisprudencia y la doctrina latinoamericana se ha podido corregir la amplitud interpretativa de algunos elementos objetivos del delito de enriquecimiento ilícito contemplado en los dos convenios más importantes sobre corrupción (CICC y CNUCC). Por ejemplo, actualmente se considera que el enriquecimiento no sólo comprende un incremento positivo del patrimonio a consecuencia de la adquisición de bienes y derechos económicamente valiables, sino también desde un punto de vista negativo por la disminución del pasivo a través de la cancelación de obligaciones que gravan al patrimonio<sup>169</sup>. Estos aspectos han sido tenidos muy en cuenta por el legislador paraguayo al momento de redactar la Ley N°2523/04, ya que ha precisado en el injusto del nuevo delito de enriquecimiento ilícito que el funcionario puede materialmente enriquecer su patrimonio a través de las dos modalidades señaladas.

La idea de considerar al enriquecimiento típico tanto en un aumento del activo patrimonial como en la disminución del pasivo, no ha tenido reparos en la doctrina y ha sido adoptada taxativamente por algunas legislaciones penales<sup>170</sup>. Esta decisión es correcta porque para la elección de los elementos objetivos del delito en estudio, el legislador debe partir de la idea de que en los hechos de corrupción el funcionario público persigue la finalidad de enriquecerse, y en ese contexto, la realidad empírica nos demuestra que este fin puede conseguirse a través de innumerables modos legales o ilegales. Aunque el tipo legal no lo describa, no hay dudas de que el injusto exhibe un elemento subjetivo caracterizado por el ánimo de lucro que lleva al sujeto activo a seleccionar una serie métodos para alcanzar su propósito, circunstancia que no es extraña debido a que el enriquecimiento ilícito se agrupa en los denominados “delitos de corrupción” que se caracterizan porque su autor persigue siempre la consecución de un enriquecimiento personal indebido.

<sup>168</sup> Bien dice ROXIN que sólo puede sancionarse un hecho cuando su punibilidad está legalmente determinada antes de la comisión de él. Así que todo ciudadano debe tener la posibilidad, antes de realizar un hecho, de saber si su acción es punible o no (ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Editorial Depalma. Buenos Aires. Año 1979. pág. 170).

<sup>169</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El Delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 206; CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte especial*. op. cit. pág. 324; TODARELLO, Guillermo Ariel. *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 303; RIMONDI, Jorge Luis. *Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública*. op. cit. pág. 288; BUOMPADRE, Jorge. *Delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 351; DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. op. cit. pág. 98.

<sup>170</sup> Por ley N° 25.188 de fecha 29 de septiembre de 1999, la república Argentina reformó la redacción del art. 268 (2) del código penal, adhiriendo el siguiente párrafo: “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 extinguido obligaciones que lo afectaban”

Sin embargo, el mero enriquecimiento no puede constituir por sí solo la base del injusto de un delito, pues la sanción penal no puede ser consecuencia de una simple variación patrimonial o mejoramiento económico que experimenta un determinado sujeto, en este caso, un funcionario público. Una reacción punitiva estatal con estas características vulneraría de manera flagrante los principios fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho. Entonces, ¿cómo este hecho fáctico descrito en la norma queda desvalorado o se convierte en un hecho socialmente intolerado que a los ojos del legislador es capaz de lesionar o poner en peligro al bien jurídico? Esta interrogante ha sido respondida por el legislador incorporando al tipo un elemento normativo que obliga al juez a apreciar si las legítimas posibilidades económicas del funcionario (constituídas por su remuneración legal y por otras rentas que ha afirmado poseer en su declaración jurada de bienes y rentas), tienen la capacidad suficiente para solventar el valor de los bienes que incrementan su patrimonio o el valor de las obligaciones extinguidas que aminoran su pasivo. Por tanto, la licitud o ilicitud del enriquecimiento patrimonial del funcionario depende de este juicio de valor, es decir, si se evidencia que la capacidad económica del funcionario posee la entidad suficiente para adquirir los bienes o extinguir las obligaciones que hacen variar su patrimonio, su conducta deberá ser considerada atípica; de lo contrario, si existe una excesiva desproporción entre ambos aspectos (el enriquecimiento y la capacidad económica), se considerará típica y jurídico penalmente relevante a efectos del delito de enriquecimiento ilícito.

En definitiva, para la configuración del tipo penal de enriquecimiento ilícito el legislador ha seleccionado un sector de la realidad social previamente existente<sup>171</sup> comprendida por los actos económicos que realizan los funcionarios públicos, a los que les otorga un sentido valorativo específico cuando estos actos no pueden materializarse razonablemente con los recursos que la sociedad jurídicamente organizada les ha concedido a través de las leyes, considerándolos conductas capaces de vulnerar los intereses que los ciudadanos reciben de la función pública por su expresa descripción en la norma jurídico penal. La tipificación de una conducta punible en la ley penal supone que el legislador ha previsto en la misma todos y cada uno de los elementos que determinan de forma exhaustiva su injusto; sin embargo, esta exigencia no se cumple del todo en el delito de enriquecimiento ilícito, ya que de la valoración general que la jurisprudencia ha hecho a este ilícito penal se ha comprobado la constatación de ciertos elementos “ocultos”, que si bien no forman parte de la estructura del tipo penal, surgen de la labor interpretativa judicial como componentes imprescindibles que determinan su antijuridicidad, por lo que son integrados al tipo por vía jurisprudencial.

### 7.3.1. Punto de partida: el patrimonio.

El término enriquecimiento nos lleva a pensar automáticamente en la acción de una persona cuyo objeto es la adquisición de bienes (cosas y derechos) que vienen a variar la entidad del patrimonio que ya posee. La idea de patrimonio responde a un ámbito de la persona humana que supone la entrega de poderes económicos puestos a su servicio para facilitar su vida social<sup>172</sup>. Así pues, la comunidad jurídicamente organizada otorga a cada miembro un cierto poder económico para que pueda adquirir los bienes y servicios que son distribuidos por la realidad social para satisfacer sus propias necesidades y las de su familia, como también otras

<sup>171</sup> MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo en Derecho penal*. RECPC 07-18. Año 2005. pág. 18 “El tipo objetivo del delito sólo es, pues, de forma limitada una creación normativa del Derecho, porque selecciona un sector de la realidad, naturalística o social, previamente existe. La selección de tal realidad es un acto de disposición normativa jurídica, que da a dicha realidad un sentido valorativo específico. Pero la realidad seleccionada (matar a otro, no socorrerle, falsificar un documento, sustraer una cosa ajena, dictar una sentencia injusta) no es creada por el legislador, sino que le viene dada, con su significado natural y social propio”.

<sup>172</sup> CASTRO y BRAVO, Federico. *Temas de Derecho civil: El patrimonio*, en: Derecho Civil de España. VolumenII. Tomo II. Editorial Thompson-Civitas. Pamplona. Año 2008. pág. 41.

diferentes a los propiamente personales o familiares. Por eso, en nuestras sociedades y en el ámbito de la economía mercantilizada se producen ciertos tipos de bienes y servicios para el consumo individual y excluyente que forman parte de la propiedad privada que son distribuidos básicamente a través del mercado, es decir, mediante la libre contratación entre sujetos en función de sus preferencias individuales y de su respectiva capacidad adquisitiva, la cual es obtenida a su vez por la venta de su fuerza de trabajo en el mercado laboral o por las rentas provenientes del capital que poseía previamente<sup>173</sup>.

Pero el patrimonio de una persona no se conforma únicamente con los bienes<sup>174</sup> (derechos y cosas) que efectivamente ya poseía o aquellos que obtiene por medio de su capacidad adquisitiva, sino también por las cargas u obligaciones que agravan a éste, que constituye su pasivo. De ahí que el patrimonio sea entendido como un conjunto de bienes o derechos valuables en dinero que pertenecen a la esfera jurídica de una persona, activa o pasivamente<sup>175</sup>. Por su parte, CANCINO y TOSCANO DE SÁNCHEZ sostienen que el patrimonio es el conjunto de derechos y deberes patrimoniales. Comprende todos los derechos reales y de obligaciones, las pretensiones naturales, la expectativa de una ganancia que es incremento patrimonial probable<sup>176</sup>. Por su parte, el art. 1873 del CCPyo define al patrimonio como el conjunto de los bienes de una persona, con las deudas o cargas que lo agravan.

En el patrimonio se distingue dos ámbitos bien definidos: En primer lugar, el activo, compuesto por los bienes (cosas, derechos e ingresos), en cuanto son objeto de un derecho subjetivo perteneciente a una persona. Puede definirse el activo como los bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por una persona, resultante de hechos pasados de los que es probable (si de la disminución de su pasivo pueda resultar algún beneficio o superávit) que obtenga beneficios económicos en el futuro<sup>177</sup>. Este derecho subjetivo le otorga a su titular la libertad de tener, gozar o disfrutar sus bienes, conforme al contenido de las facultades que posee sobre los mismos<sup>178</sup>, y su principal finalidad es la de satisfacer las necesidades de su titular y la de servir como garantía a sus acreedores<sup>179</sup>. En segundo lugar, el pasivo, compuesto por las deudas y obligaciones que gravan al titular del patrimonio. Este puede definirse como las obligaciones asumidas por una persona como consecuencia de hechos pasados, cuya extinción es probable que dé lugar a una disminución de los recursos económicos existentes<sup>180</sup>. Éste incluye las deudas y obligaciones presentes como también aquellas asumidas a crédito.

<sup>173</sup> PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales*, en: Mir Puig, Santiago; Modolell González, Juan Luis; Gallego Soler, José Ignacio; Bello Rengifo, Carlos Simón (Coordinadores): *Estudios de Derecho penal económico*. Editorial Livrosca. Caracas. Año 2002. págs. 54 y 55.

<sup>174</sup> DÍEZ-PICAZO, Luís; MONTÉS, Vicente. *Derecho privado y sistema económico*. Universidad Autónoma de Madrid. Departamento de Derecho Civil. Madrid. Año 1979. pág. 59 “El concepto de bien recibe en el lenguaje jurídico un significado muy amplio, que lo hace sinónimo de toda realidad corporal o ideal, que puede proporcionar utilidad a contribuir a la satisfacción de una necesidad”.

<sup>175</sup> DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. *Instituciones de Derecho civil*. Volumen I. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1995. pág. 261.

<sup>176</sup> CANCINO, Antonio José; TOSCANO DE SÁNCHEZ, Maruja. *El delito de enriquecimiento ilícito*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. Año 1986. pág. 31.

<sup>177</sup> Si bien esta definición se refiere más a la contabilidad de empresas, igualmente puede atribuirse a los estados económicos de una persona física.

<sup>178</sup> CASTRO y BRAVO, Federico. *Temas de Derecho civil: El patrimonio*. op. cit. pág. 39.

<sup>179</sup> DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio; DE CASTRO GARCÍA, Jaime; GONZÁLEZ GARCÍA-MIER, Rocío. *Instituciones de Derecho civil patrimonial*. 3ª Edición. Editorial Tecnos. Madrid. Año 2009. pág. 151. Vid: Arts. 430 del CCPyo y 1.911 del CCE.

<sup>180</sup> CARRASCO GALLEGO, Amalia; DONOSO ANES, José Antonio; FRESNEDA FUENTES, Silvia; LARRINAGA GONZÁLEZ, Carlos; HERNÁNDEZ BORREGUERO, José Julián; LÓPEZ GAVIRA, María del Rosario. *Estados financieros. Teoría y casos prácticos*. Editorial Pirámide. Madrid. Año 2009. pág. 169.

La característica más importante que presenta el patrimonio es que los bienes y deudas que forman su contenido son pasibles de valoración económica o estimación dineraria, no perteneciendo a este ámbito los meros derechos de la personalidad, los derechos concernientes al estado civil de la persona, ni los derechos de familia<sup>181</sup>.

Los elementos del patrimonio que se están haciendo referencia constituyen herramientas imprescindibles tanto para acreditar las variaciones de bienes económicos que sufre el patrimonio del funcionario público, como también para subsumir los actos que realiza con las modalidades de conducta típica que el legislador ha previsto en el art.3 de la Ley N° 2523/04. En ese sentido, se ha mencionado que el delito de enriquecimiento ilícito contiene dos modalidades de conducta, una positiva, que comprende una serie de actos jurídicos económicos llevados a cabo por el funcionario que tienen la finalidad de incrementar su patrimonio; y otra negativa, tendiente a cancelar deudas o extinguir obligaciones que afectan el pasivo del mismo.

Por otro lado, estos elementos resultan sumamente importantes para la determinación de la ilicitud del enriquecimiento patrimonial del funcionario –centro medular de la conducta punible–, ya que de la confrontación contable de los ingresos y bienes que constituyen el activo, con las deudas u obligaciones que forman parte del pasivo, se determina el estado general del patrimonio del funcionario público (patrimonio neto) que permite conocer la solvencia o insolvencia de su capacidad patrimonial en un determinado periodo de tiempo<sup>182</sup>. De esta manera, el saldo resultante del estado patrimonial del funcionario determina si el valor de los bienes que acrecentaron su patrimonio o el de las deudas u obligaciones extinguidas, se corresponden con sus legítimas posibilidades económicas.

### 7.3.2. Modalidades de la conducta típica.

El efecto de los comportamientos descritos en el delito que se analiza es el enriquecimiento patrimonial indebido del funcionario público. Tal como hemos afirmado, el enriquecimiento no debe entenderse sólo en su acepción positiva como apreciabilidad de un incremento del patrimonio de una persona por la adquisición de bienes, sino como un concepto jurídico que engloba también a los actos que evitan la disminución de la entidad patrimonial por la extinción de los gravámenes que soporta. La acreditación de un enriquecimiento patrimonial como efecto de la acción del funcionario es el primer elemento del tipo de enriquecimiento ilícito que debe apreciarse y valorarse en sede judicial, puesto que de la lógica interpretación de su nomenclatura se deduce que el legislador ha definido a este delito a partir de esta situación patrimonial, y porque además, a través de él causalmente se puede precisar si el funcionario ha realizado las conductas típicas descritas en el ilícito penal en estudio, pues como dice MAYER, no todo acontecimiento es un resultado, sino únicamente aquel acontecimiento que el que juzga concibe como procedente de una actuación, esto es, causalmente vinculado a ésta<sup>183</sup>.

Partiendo de la idea de MIR PUIG de que el Derecho penal no puede prohibir que se produzcan resultados dañosos sino sólo que los ciudadanos lleven a cabo voluntariamente

<sup>181</sup> LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Traducido por Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Año 1978. pág. 406 “Pertencen al patrimonio todos los derechos evaluables en dinero, y solamente ellos; son derechos que, en circunstancias normales, pueden enajenarse a cambio de dinero o adquirirse sólo mediante el pago de dinero, o que, como el usufructo, producen, según su naturaleza, una utilidad económica expresable en valor pecuniario”.

<sup>182</sup> DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. *Instituciones de Derecho civil*. op. cit. idem. pág.; DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. op. cit. pág. 97 “El funcionario público será solvente cuando el activo sea mayor al pasivo, caso en el cual existirá un haber o superávit patrimonial. Si por el contrario, el pasivo supera al activo, entonces el funcionario público tendrá un déficit patrimonial”.

<sup>183</sup> MAYER, Max Ernest. *Derecho penal. Parte general*. Editorial BdeF. Montevideo-Buenos Aires. Año 2007. pág. 140.

comportamientos capaces de ocasionar dichos resultados<sup>184</sup>, el legislador ha entendido al tipificar el delito de enriquecimiento ilícito que el funcionario realiza un comportamiento contrario a sus deberes funcionales y sumamente riesgoso para los intereses públicos cuando incrementa su patrimonio fuera de sus legítimas posibilidades económicas, y en ese entendimiento ha estructurado el tipo penal con elementos objetivos que expresan, por un lado, las formas más relevantes con las cuales el funcionario público puede enriquecerse, y por otro, de qué manera este enriquecimiento se vuelve ilícito y capaz de vulnerar a la función pública.

En atención a la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito, puede decirse que estamos ante lo que la doctrina penal denomina un “tipo mixto alternativo”, en los que la ley contiene bajo la misma conminación penal distintas modalidades de conducta que son fungibles entre sí y resulta indiferente que se realice una u otras, o incluso todas<sup>185</sup>. En esta inteligencia, es indiferente que el funcionario enriquezca su patrimonio obteniendo bienes (modalidad activa) o evitando su disminución cancelando deudas anteriormente asumidas (modalidad negativa), o si lo hace indistintamente con ambas conductas. Además, en esta clase de delitos es gramaticalmente común la presencia de la conjunción “o”, característica que se aprecia en el delito en estudio ya que a través ella el legislador conecta entre si los distintos actos y bienes que forman la estructura de las modalidades típicas. Así, el art. 3.1. inc. a) de la Ley N° 2523/04 puede leerse “haya obtenido la propiedad, la posesión o el usufructo de bienes, derechos o servicios”, y en el inc. b) del mismo artículo “haya cancelado... deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio”. Al respecto MEZGER explica que la conjunción “o” expresa con frecuencia tan sólo diferentes modificaciones del tipo, todas ellas de igual valor y enumeradas de forma casuística, las cuales carecen de propia independencia y, por ello, son permutables entre sí, debiendo ser determinadas en el proceso alternativamente<sup>186</sup>.

### 7.3.2.1. Modalidad positiva de la conducta punible: El incremento patrimonial.

La primera modalidad de la conducta típica del delito de enriquecimiento ilícito esta prevista en el art.3.1. inc. a) de la Ley N° 2523/04, y consiste en que el funcionario “haya obtenido la propiedad, la posesión o el usufructo de bienes, derechos o servicios”. El núcleo de esta conducta esta centrado en la conjugación «haya obtenido» que es el pretérito perfecto del modo subjuntivo del verbo obtener. Según el diccionario de la RAE el modo subjuntivo manifiesta lo expresado por el verbo con marcas que indican subjetividad<sup>187</sup>, y el verbo obtener implica alcanzar, conseguir y lograr algo que se merece, solicita o pretende<sup>188</sup>. En la temática que nos interesa, es claro que el sentido y alcance de la acción típica exige la comprobación de que el funcionario público ha incrementado materialmente su patrimonio personal (resultado o fin propuesto) a través de la realización de uno o varios actos jurídicos que le han permitido adquirir la propiedad, posesión o usufructo de bienes, derechos o servicios que antes no poseía. Esta modalidad de la conducta punible describe un nexo de unión entre el verbo rector y determinados modos de adquisición de derechos reales y personales previstos en el

<sup>184</sup> MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. op. cit. pág. 58. En este sentido, WELZEL sostiene que la norma penal no puede mandar o prohibir resultados sino sólo acciones finales, y en ese sentido afirma que del conjunto inagotable de acciones posibles de una época, el ordenamiento jurídico escoge y prohíbe, en primer lugar, aquellas en las cuales la voluntad de realización (dolo) está dirigida a la producción de una situación o un proceso (resultado) socialmente no deseado, indiferentemente que ese resultado sea el fin, el medio o un efecto concomitante de la acción. Estos modelos de acción, valorados jurídicamente en forma negativa constituye el cuerpo principal de los delitos dolosos de comisión (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. op. cit. pág. 59).

<sup>185</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal. Parte general*. Editorial Civitas. Madrid. Año 1977. págs. 274 y 275.

<sup>186</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*. Tomo I. Traducido por José A. Rodríguez Muñoz. Revista de Derecho Privado. Madrid. Año 1935. pág. 327.

<sup>187</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Aceptación gramatical.

<sup>188</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Aceptación N° 1.

ordenamiento jurídico que permiten al sujeto activo el ingreso a su patrimonio de bienes materiales o inmateriales a título propio, como poseedor a título de dueño o reconociendo que la titularidad pertenece a otra persona (derecho real en cosa ajena)<sup>189</sup>.

Así, se entiende que existe enriquecimiento cuando un bien pasa a integrar un determinado patrimonio por un título jurídico válido que le confiere un poder a su titular sobre el mismo, que puede ser de naturaleza dominial como la propiedad u otro distinto que sólo concede la posesión. Así, es fundamental para la consideración típica de la conducta que el funcionario público haya adquirido derechos subjetivos sobre los objetos típicos que le permiten incorporarlos a su patrimonio, de ahí que el legislador haya establecido como elementos objetivos de la conducta típica a la propiedad, la posesión y el usufructo como únicas formas jurídicas con las que el funcionario puede adquirir las cosas y derechos que lo enriquecen.

a) La propiedad es el derecho real por excelencia y es el que permite a su titular el poder de disposición, goce y disfrute de la cosa<sup>190</sup>. El funcionario público puede ser titular exclusivo de la totalidad del bien, o ser co-propietario concurriendo con otros en la titularidad del mismo en una determinada parte ideal. Para la adquisición de la propiedad es necesario que exista un acto o negocio jurídico precedente que en la mayoría de los casos es una compraventa u otra causa justa (usucapión, donación, herencia)<sup>191</sup>, y para que ésta surja efectos contra terceros debe estar sujeta a la toma de razón del registro público<sup>192</sup>. En el caso de los bienes muebles la propiedad se adquiere con la sola conformidad de los contratantes, y por la posesión en el caso de cosas muebles sin dueño, a no ser que por la naturaleza de la cosa o su valor (una aeronave o un barco), exijan su inscripción en el registro<sup>193</sup>. Resulta evidente que el funcionario público puede acrecentar su patrimonio por la adquisición de la propiedad de un sinnúmero de bienes materiales e inmateriales, siempre y cuando no estén expresamente prohibidos por el ordenamiento jurídico.

b) La posesión de la cosa –dice DÍEZ-PICAZO– se nos presenta como el prius del derecho de propiedad, pues ante todo el titular debe poseerla. De ahí que la posesión sea un señorío de hecho sobre la cosa, un poder de hecho que se ejerce sobre ella. En tal sentido, la posesión no sería más que una emanación del derecho que se tiene sobre una cosa. La posesión adquiere una relevancia jurídica propia precisamente porque el ordenamiento jurídico contempla aquel señorío o poder de hecho sobre la cosa desvinculado del derecho. Se fija en la situación jurídica en la que aparece una persona en una relación fáctica con la cosa<sup>194</sup>. El CCPyo define a la posesión en el art. 1.909: “poseedor es quien tiene sobre una cosa el poder físico inherente al propietario, o al titular de otro derecho real que lo confiera”. Este precepto denota la existencia de dos clases de posesión, la mediata y la inmediata. En la primera, el detentador de la cosa ejerce un poder físico sobre ella en igual forma que lo hace el propietario, y en la segunda, el

<sup>189</sup> En este sentido, FABIÁN CAPARRÓS menciona que además de las conductas tradicionalmente relacionadas con la recepción de los efectos del delito “recibir”, “obtener”, “adquirir”, la normativa de los Estados recoge así mismo otras modalidades muy próximas en las que, más allá de la mera adquisición de alguna clase de potestad sobre esos bienes, lo que se castiga es el ejercicio de las prerrogativas que derivan de esa adquisición, por ejemplo, “usar”, “utilizar”, “usufructuar”, etc. Así, resulta común a todas ellas la manifestación de una prerrogativa real sobre el bien de que se trate (FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Editorial Codex. Madrid. Año 1998. pág. 279).

<sup>190</sup> Vid: art. 1.954 del CCPyo; art. 348 del CCE.

<sup>191</sup> DÍEZ-PICAZO, Luís. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*. Editorial Civitas. Madrid. Año 1995. pág. 767 “La nuda traditio no transfiere nunca al dominio y necesita estar precedida por una venta o por otra justa causa. La tradición por sí sola no sirve para transmitir el dominio, pues la entrega o la transferencia de la posesión es en sí misma un acto incoloro y ambiguo, al que sólo dota de sentido el negocio jurídico antecedente celebrado por las partes, que justifica la transmisión”.

<sup>192</sup> Vid: art. 1.968 del CCPyo; arts. 605 al 608 y 1.462 del CCE.

<sup>193</sup> Vid: arts. 2.029, 2.031 y 2.058 del CCPyo; art. 1.462 del CCE.

<sup>194</sup> DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. *Instituciones de Derecho civil*. op. cit. pág. 76.



poseedor mediato posee por medio del poseedor inmediato, que es la persona que por estar ligada con una relación jurídica a aquél se halla en una posesión directa con la cosa. El poseedor mediato es el que cede y autoriza temporalmente que el poseedor inmediato detenga la cosa, y éste último reconoce la posesión originaria del primero.

Tal como expresa la modalidad típica positiva del delito de enriquecimiento ilícito, el funcionario público bien puede de hecho incrementar su patrimonio con la posesión de cosas o derechos. Por ejemplo, cuando adquiere la posesión un bien inmueble en virtud de un contrato de arrendamiento, cuando realiza una compraventa a plazos de un automóvil (en el que el precio queda diferido y se escalona a lo largo de un determinado periodo de tiempo), en la que se haya estipulado no obstante la entrega del bien, que el vendedor se reserva el dominio hasta que el precio quede íntegramente pagado<sup>195</sup>, o cuando se comprueba que usa y disfruta bienes como si realmente fuera su dueño que están a nombre de terceras personas que obran en calidad de testaferros. Además, puede poseer la totalidad o una parte ideal de un derecho patrimonial ajeno como son las obras de ingenio, invenciones industriales o las marcas de fábrica<sup>196</sup>.

c) Otra modalidad con la que el funcionario público adquiere bienes que incrementan su patrimonio de acuerdo a la conducta típica analizada es el usufructo. CASTIELLA RODRÍGUEZ define al usufructo como un gravamen de dominio, de carácter temporal, con facultades de uso y disfrute que, salvo pacto o norma especial al respecto, es transmisible y obliga a su titular a conservar activa y dinámicamente el objeto sobre el que recae, de tal modo que sea posible su restitución, al menos en análoga aptitud productiva relativa a la del momento de su constitución<sup>197</sup>. Al respecto, el art.2.230 del CCPyo dice: “El titular del derecho de usufructo sobre un bien podrá usarlo y gozar de él conforme con las disposiciones de este código. El usufructo podrá establecerse sobre toda especie de bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales, que puedan ser vendidos o donados. Podrá establecerse sobre porciones materiales o indivisas, o limitarse a una parte del uso o goce del bien y constituirse sobre cosas de mero placer, aunque no produzca ninguna utilidad, o sobre un fondo improductivo”.

Salvo que se encuentre limitado, el usufructo constituye el derecho más omnicompreensivo de disfrute y faculta al usufructuario a servirse de la cosa, con todas las ventajas que la misma pueda ofrecer, que sean compatibles con su naturaleza y destino económico<sup>198</sup>, como son los frutos naturales, los pendientes al comenzar el usufructo, los civiles, ejercer servidumbres activas y ceder la cosa en arrendamiento<sup>199</sup>. Pero así también, este derecho es restringido en el tiempo, pues según la ley civil paraguaya no podrá existir usufructo por mayor tiempo que la vida del usufructuario, aunque se haya fijado término a su duración, o se lo haya constituido para durar después de la vida del usufructuario, o a su favor y de sus herederos<sup>200</sup>.

El usufructo es una institución jurídica que muy bien puede ser utilizada por el funcionario público para ocultar la titularidad de bienes cuyo valor de adquisición no puede justificar su procedencia. Para ese fin utiliza a terceras personas que adquieren simuladamente

<sup>195</sup> Art. 780 del CCPyo: “En la venta por cuotas con reserva de la propiedad, el comprador la adquiere con el pago de la última cuota del precio, pero asume los riesgos desde el momento de la entrega de la cosa”.

<sup>196</sup> DÍEZ-PICAZO, Luís. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales*. op. cit. pág. 596. Art. 2.167 del CCPyo: “El derecho de propiedad literaria, científica o artística protegido por este código, no es renunciante ni puede cederse ni venderse; pero el valor económico o explotación comercial de la obra podrá transmitirse, total o parcialmente por acto entre vivos o de última voluntad”.

<sup>197</sup> CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier. *El usufructo*, en: Delgado de Miguel, Juan Francisco (Coordinador): *Instituciones de Derecho privado. Reales. Tomo II. Volúmen 2º*. Editorial Civitas-Thompson. Madrid. Año 2003. pág. 210.

<sup>198</sup> CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier. *El usufructo*. op. cit. pág. 249.

<sup>199</sup> Vid: art. 2.242 del CCPyo.

<sup>200</sup> Vid: art. 2.232 del CCPyo.

los bienes a su nombre sin que hayan pagado dinero alguno de su patrimonio en las operaciones en las que intervienen, para luego suscribir usufructos vitalicios a su favor que le otorgan el real uso y disfrute de dichos bienes. Este criterio puede verse en un fallo de la justicia paraguaya, específicamente en la SDTS N° 39 de fecha 4 de diciembre de 2006, en la que quedó probado que el funcionario público condenado había utilizado a un electricista amigo suyo como prestanombre, para que éste adquiriera a su nombre dos inmuebles por valor de 60.000\$ cada uno –sin que haya salido de su peculio los recursos económicos que solventaron tales operaciones–, quien luego transfirió dichos bienes a nombre de las hijas menores del funcionario público en cuyas escrituras públicas se había consignado usufructos vitalicios a favor su padre (el funcionario) por ser éste el representante legal de las menores. Así, a pesar de que los inmuebles no se encontraban a nombre del funcionario público, éste era el que realmente los usaba y disfrutaba, por lo que de esa forma se pudo probar que el mismo incrementó su patrimonio con los beneficios que le habían reportado el usufructo.

El incremento patrimonial también puede ser producto de un usufructo de derechos o servicios. Así, el funcionario público puede adquirir un usufructo de derechos sobre cualquier tipo de crédito que le permite la posesión de los cupones de intereses o dividendos a ser cobrados en el futuro, aunque el título permanezca en poder del acreedor o en posesión conjunta con el usufructuario<sup>201</sup>. En otras palabras, si se constituye esta clase de usufructo a favor del funcionario público, éste tendría el derecho a cobrar los intereses o dividendos de un título de crédito del que no es acreedor. El usufructo de servicios se incardina dentro del usufructo de derechos<sup>202</sup>, y consiste en la constitución de un derecho a favor del usufructuario que le faculta a exigir a una persona física o jurídica la realización de una determinada actividad sobre un bien que le pertenece, que produce al primero un provecho o beneficio. Si el legislador incluye esta clase de usufructo en el tipo penal, es porque supone que circunstancialmente el sujeto activo puede incrementar su patrimonio por el establecimiento de un título constitutivo de usufructo de servicios a su favor, como sería el caso de un funcionario público que haya obtenido un usufructo sobre los servicios de una empresa de Internet o de telefonía celular.

Analizando desde la propia naturaleza jurídica de estos derechos reales, la propiedad sería el único modo jurídico que realmente incrementa el patrimonio, puesto que a través de ella el funcionario público adquiere a título propio un bien y lo introduce a su peculio. En los demás casos, es decir, en la posesión y en el usufructo, el funcionario sólo tiene el derecho de usar y de disfrutar del bien que posee, reconociendo que el mismo pertenece a otra persona. Esta idea se refleja en el análisis técnico-contable de la declaración jurada de bienes y rentas que constituye un balance general de la situación económica de un funcionario público. La primera parte de este documento público se refiere al estado patrimonial, que a su vez comprende el activo y el pasivo. Así, en el activo, el funcionario debe constar los bienes que posee en calidad de propietario. En cuanto a las demás rentas que obtiene de los usufructos que posee (de los bienes que no tiene el dominio), debe consignarlos como parte de sus ingresos en el cuadro de resultados, que comprende la segunda parte del balance. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico-penal, el legislador entiende que el incremento patrimonial de funcionario puede también ocurrir cuando éste adquiere la posesión o el usufructo de bienes, porque a través del ejercicio de estos derechos obtiene fuentes de riqueza que le reportan utilidades económicas.

<sup>201</sup> Art. 2.271 del CCPyo: “Si el usufructo fuere de título al portador, o endosable en blanco, la posesión del papel y de sus renovaciones corresponderá en común al usufructuario y al propietario. La posesión de los cupones de intereses o dividendos, pertenecerá al primero. Para constituir el usufructo no será necesaria la entrega del título; bastará que se posea en común. A solicitud de cualquiera de las partes, deberá depositarse el documento en un banco, a la orden conjunta de ellas”.

<sup>202</sup> Art. 2.268 del C.C.Pyo: “Para constituir este usufructo, se aplicarán las disposiciones de la cesión de derechos. Cuando se tratara de un derecho que faculte a exigir una prestación del obligado, regirán las normas que regulan las relaciones entre cesionario y deudor”.

En cuanto a los bienes típicos, no es en vano recalcar que para que entren a formar parte del patrimonio deben tener un valor económico y ser aptos para producir alguna utilidad a su titular. Según el texto de la ley, el objeto material de la acción, es decir, los objetos típicos con los que el funcionario puede incrementar su patrimonio son bienes, derechos o servicios. La utilización de los términos «bienes y derechos» constituye una redundancia del legislador, ya que el significado jurídico de la palabra «bien» engloba tanto a los objetos materiales como a los objetos inmateriales, siendo estos últimos, derechos<sup>203</sup>. Aun así, estos objetos se refieren a toda clase de bienes inmuebles, bienes muebles registrales (vehículos, naves y aeronaves) y no registrables, semovientes (ganado vacuno, equino, porcino, etc.), títulos de crédito, acciones, bonos y otros valores, patentes industriales, depósitos en cuenta corriente y de ahorros en bancos y entidades financieras nacionales e internacionales. Esto guarda coincidencia con la definición de “bienes” propuestas en las CICC y CNUCC: “Por bienes se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”<sup>204</sup>.

Los servicios pueden ser definidos como un conjunto de actividades que buscan responder a una o más necesidades de un cliente. Es el equivalente no material de un bien. Un servicio es el resultado de llevar a cabo necesariamente al menos una actividad en la interfaz entre el proveedor y el cliente y generalmente es intangible<sup>205</sup>. Así, desde una consulta jurídica, ser transportado de un lugar a otro o la telefonía celular, todas son prestaciones que tienen a la larga una manifestación física, pero su característica notoria es su imperceptibilidad por los sentidos humanos<sup>206</sup>. En el ordenamiento jurídico paraguayo, el código tributario (Ley 125/91) establece una definición de servicio en el apartado del impuesto al valor agregado (IVA) que dice: art. 78. Definiciones: ...2) Por servicio se entiende toda prestación a título oneroso o gratuito que sin configurar enajenación, proporcione a la otra una ventaja o provecho...”. A partir de los referentes citados, podría entenderse que a los efectos del tipo penal en estudio, el término «servicios» debe ser precisado como toda actividad, labor o trabajo prestado por una persona física o jurídica, a título oneroso o gratuito, que se concreta en una obligación de hacer a favor de un funcionario público que tiene por efecto un beneficio económico que incrementa el patrimonio de éste último.

Por último, la fenomenología del delito de enriquecimiento ilícito revela que el sujeto activo cuando adquiere los bienes o servicios que vienen a incrementar su patrimonio, no lo hace con el fin de ponerlos posteriormente en el mercado para negociarlos de algún modo, es decir, para transformar ganancias ilícitas obtenidas durante el ejercicio de su cargo en otros bienes patrimoniales –bienes muebles e inmuebles–, sino que dichos actos de obtención patrimonial están movidos enteramente por un ánimo de consumo o de disfrute directo. Esta es una de las diferencias que distinguen a esta figura criminal del Blanqueo o Lavado de Capitales, el cual posee como rasgo característico que el sujeto adquiere una serie de bienes con dinero proveniente de actividades ilícitas con la intención de transformarlos en otros bienes, incurriendo en un ciclo ilimitado de transacciones patrimoniales dirigido a alejar progresivamente esa riqueza de su origen<sup>207</sup>.

<sup>203</sup> Para el diccionario de la RAE la palabra «bien» significa: “cosas materiales o inmateriales en cuanto objetos de derecho” (Diccionario de la Real Academia Española. Aceptación N° 6). En este sentido se expresa el art. 1873 del CCPyo: “Los objetos inmateriales susceptibles de valor e igualmente las cosas, se llaman bienes”.

<sup>204</sup> Vid: art. 1, párrafo 3° de la CICC; art. 2.d. de la CNUCC.

<sup>205</sup> Definición de servicios establecida en la serie de normas ISO 9000. Vid: *Norma Internacional ISO 9000. Sistemas de gestión de la calidad. Fundamentos y vocabulario*. Organización Internacional para la Estandarización. Ginebra. Año 2005. pág. 12.

<sup>206</sup> PULECIO BOEK, Daniel. *Delitos contra el orden económico y social*. Editorial Ibáñez. Bogotá. Año 2011. Pág. 200.

<sup>207</sup> FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. op. cit. pág. 140.

### 7.3.2.2. Modalidad negativa de la conducta punible: La cancelación de deudas o la extinción de obligaciones.

La segunda modalidad de la conducta típica del delito de enriquecimiento ilícito esta prevista en el art. 3.1º. inc. b) de la Ley N° 2523/04, y consiste a diferencia de la modalidad activa, en que el funcionario “haya cancelado, luego de su ingreso a la función pública, deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio, el de su cónyuge o su conviviente, y sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y de afinidad”. La conveniencia de llamar a esta modalidad de conducta como “negativa” radica en la circunstancia de que en este caso el funcionario público se enriquece, no de una manera positiva como cuando obtiene bienes con los que incrementa su patrimonio, sino por la conservación del mismo mediante la disminución de su pasivo, es decir, por la cancelación de obligaciones que gravan al patrimonio. Esta idea es reflejada por CANCINO y TOSCANO DE SÁNCHEZ: “El incremento patrimonial puede darse no solamente mediante la adquisición de dinero u objetos o bienes, sino que también se da mediante la adquisición de derechos y prerrogativas que eximen al funcionario de hacer los gastos que normalmente estaba obligado a hacer”<sup>208</sup>.

La cancelación de obligaciones como forma de enriquecimiento no había formado parte de la configuración típica de las primeras formulaciones legislativas latinoamericanas del delito de enriquecimiento ilícito, ni tampoco fue previsto como modalidad de conducta en el acto de corrupción de enriquecimiento ilícito previsto en las CICC y CNUCC. Su inclusión al tipo penal en estudio fue gracias a la labor interpretativa de los jueces que hizo posible vencer el criterio formalista de entender el término «enriquecimiento» solamente como incremento real del patrimonio, para considerarlo más bien como un concepto jurídico que también abarca valorativamente la idea de «conservación» cuando se evita la disminución del patrimonio por la cancelación de obligaciones que lo gravan. De esta forma, esta modalidad de conducta fue empezando a introducirse en los tipos penales recién a finales del siglo pasado a través de las variadas reformas legislativas que ha sufrido este delito en el continente americano. Aunque no todos los tipos penales latinoamericanos de enriquecimiento ilícito contemplan a la cancelación de obligaciones como conducta típica, lo cierto es que su consideración como conducta penalmente relevante es plenamente aceptada en la jurisprudencia.

El funcionario público adquiere en este caso, por así decirlo, relaciones de carácter jurídico personal o de crédito en favor de otras personas que vienen a formar parte del pasivo de su patrimonio. De ahí que la modalidad negativa del delito de enriquecimiento ilícito describe unos comportamientos llevados a cabo por el funcionario público que tienen por efecto la cancelación de deudas o extinción de obligaciones que afectaban su patrimonio, luego de su ingreso a la función pública.

De la simple lectura de la conducta penal analizada, se aprecia que el legislador ha utilizado términos que en un lenguaje usual o cotidiano pueden contener un mismo significado: «deuda-obligación»/«cancelación-extinción», pero desde un punto de vista jurídico estos conceptos poseen un distinto alcance y significado.

Para DÍEZ-PICAZO la “obligación” consiste en una situación jurídica en la cual una persona (acreedor) tiene un derecho, que pertenece a la categoría de los llamados derechos personales o de créditos, que le permite exigir o reclamar un comportamiento de otra persona (deudor), que soporta el deber jurídico de realizar a favor de aquél un determinado comportamiento<sup>209</sup>. Por otro lado, considera a la “deuda” como un deber jurídico derivado de

<sup>208</sup> CANCINO, Antonio José; TOSCANO DE SÁNCHEZ, Maruja. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág.32.

<sup>209</sup> DÍEZ-PICAZO, Luís. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*. Volumen II. 6ª Edición. Editorial Thomson-Civitas. Pamplona. Año 2008. pág. 64.

una relación obligatoria, que consiste en realizar a favor de otra persona un determinado comportamiento, que es la conducta de prestación<sup>210</sup>. Según esta comprensión, la obligación constituye un concepto mucho más amplio que el de deuda, ya que no sólo comprende a esta última (la deuda como deber jurídico) sino también un derecho subjetivo personal<sup>211</sup>. La deuda es la prestación objeto de la obligación, y nunca es igual a esta última.

La extinción, como concepto relacionado a las obligaciones, se refiere a aquellos acontecimientos acaecidos con posterioridad al surgimiento de una relación obligatoria que ponen fin a la misma. Esta definición se asemeja en su contenido con el dado por el diccionario de la RAE al verbo extinguir: “dicho de un plazo o de un derecho: Acabarse, vencer”<sup>212</sup>. El mismo significado lingüístico puede darse al término «cancelación», ya que el citado catálogo léxico define al verbo cancelar: Acabar de pagar una deuda<sup>213</sup>. Atendiendo a los significados expuestos puede deducirse que el legislador quiso expresar con los términos «obligación y deuda», toda relación jurídico pecuniaria asumida por el funcionario público cuya prestación consiste en el pago de una suma de dinero<sup>214</sup>. Por lo tanto, para el tipo penal el binomio terminológico «cancelación de deudas/extinción de obligaciones» se refiere a la conducta realizada por el funcionario público tendiente a poner fin a sus relaciones obligatorias constituidas mediante el cumplimiento integro de la prestación asumida. A simple vista puede decirse que, de la misma manera que en la modalidad activa, el legislador ha incurrido en una redundancia al describir la conducta típica con expresiones terminológicas que se refieren a una misma realidad.

A no ser que el funcionario público posea otra fuentes de ingresos, estas obligaciones son afrontadas con el remanente que le sobra de su salario legal después de pagados todos los gastos que le deparan sus necesidades personales y familiares. Por esa razón, la ley se estaría refiriendo a obligaciones pecuniarias cuyo objeto (la deuda) se fracciona en una serie de prestaciones parciales a ser pagaderas durante un periodo determinado de tiempo, no quedando la misma extinguida o cancelada hasta cuando se efectúa la última prestación parcial, como por ejemplo, la constitución de una hipoteca o la asunción de un préstamo a determinados años. Entonces, si de los ingresos que posee el funcionario público se aprecia que su capacidad de endeudamiento sólo le da la posibilidad de ir pagando –sin riesgo para su subsistencia propia y familia– mensualmente un pago parcial, y luego súbitamente cancela la totalidad de la deuda, para la ley penal ese hecho constituye un indicio de enriquecimiento ilícito, y por ello, el legislador lo ha incriminado como conducta penalmente relevante.

Pero esta modalidad típica también entiende penalmente relevante la conducta del funcionario público que tiene por efecto la cancelación de obligaciones pecuniarias asumidas por otras personas con las que mantiene determinados vínculos familiares de consanguinidad y afinidad. Así, la ley contempla por vínculo legal de matrimonio, a su cónyuge; por vínculo de afectividad y convivencia, al conviviente o pareja de hecho; y por vínculo de parentesco de consanguinidad y afinidad, a sus parientes hasta el segundo grado. En cuanto a este último vínculo, el de consanguinidad es el que se crea y perdura entre personas que descienden de un

<sup>210</sup> DÍEZ-PICAZO, Luís. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*. op. cit. pág.141.

<sup>211</sup> SAPENA DAVÓ, Joaquín; SAPENA DAVÓ, Francisco. *Naturaleza, efectos y clases de las obligaciones*, en: Delgado de Miguel, Juan Francisco (coordinador) *Instituciones de Derecho Privado- Reales*. Tomo III. Volumen 1. op. cit. pág. 30 “La naturaleza de la obligación está unida de forma ineludible a la idea de deber jurídico como elemento de la misma y contrapuesto al de crédito, por lo que en muchas ocasiones la institución de la obligación se emplea como equivalente al de deber jurídico, o lo que es lo mismo, a la realización por parte del deudor de determinada conducta que tiene por objetivo el cumplimiento de la obligación, dando, haciendo o no haciendo aquello a lo que se comprometió al tiempo de convenirla”.

<sup>212</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Aceptión N° 3.

<sup>213</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Aceptión N° 2.

<sup>214</sup> LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Principios de Derecho civil. Derecho de obligaciones*. Tomo II. 3ª Edición. Editorial Trivium. Madrid. Año 1995. pág. 107 “Con la denominación de obligaciones o deudas pecuniarias, identificamos los juristas aquellas que consisten en pagar una suma de dinero”.

tronco común. En línea ascendente se encuentran los padres, abuelos y tatarabuelos; en línea descendente, los hijos, nietos y tataranietos; y por parentesco colateral, se incluyen a los hermanos, los tíos, los sobrinos y los primos<sup>215</sup>. El parentesco por afinidad es el existente entre el marido y los parientes consanguíneos de su mujer, y entre ésta y los de igual clase de su esposo. Sería el caso del suegro y nuera, el de la suegra y el yerno, el de los cuñados<sup>216</sup>.

De acuerdo al segundo grado de consanguinidad y afinidad definido en la ley, se incluirían dentro del alcance del delito de enriquecimiento ilícito las obligaciones canceladas por el funcionario público que corresponden a sus siguientes parientes:

- |  |  |
|--|--|
| 1. Por consanguinidad.                 | 2. Por afinidad                                  |
| a) Línea ascendente: padres y abuelos. | Del cónyuge o conviviente.                       |
| b) Línea descendente: hijos y nietos.  | a) Línea ascendente: padres (suegros) y abuelos. |
| c) Colateral: hermanos.                | b) Colateral: hermanos (cuñados).                |

Por último, de la lectura del tipo penal puede observarse que el legislador ha introducido un elemento objetivo temporal (...luego a su ingreso a la función pública...) que requiere al juzgador la comprobación de que las obligaciones que conformaban el pasivo patrimonial del funcionario público han sido efectivamente canceladas durante el espacio de tiempo en que ejercía su cargo público. Esto guarda coherencia con la regla general establecida en el art. 3.1° de la Ley N° 2523/04 que exige que las situaciones descritas en la ley deben acaecerse con posterioridad al inicio de la función pública desempeñada por el funcionario público para ser consideradas penalmente relevantes. De lo expuesto, se infiere que según el sentido de la ley, lo relevante es que se produzca la cancelación del vínculo obligatorio (mediante el cumplimiento íntegro de la prestación asumida<sup>217</sup>) durante el ejercicio de las funciones públicas, y no su nacimiento o constitución, que puede ocurrir antes de la incorporación del sujeto a la función pública o bien durante el ejercicio de la misma.

### 7.3.2.3. Los elementos descriptivos de las modalidades de enriquecimiento positivo y negativo.

Del análisis realizado a las dos modalidades (positiva y negativa) que configuran globalmente el tipo penal de enriquecimiento ilícito, puede notarse que la primera parte de las conductas incriminadas están definidas por medio de elementos objetivos descriptivos con los cuales el juez percibe el enriquecimiento del patrimonio del funcionario público, ya sea a través de su incremento, como también por la conservación del mismo. Para ROXIN los elementos descriptivos son aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos

<sup>215</sup> OSSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. 30ª Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Año 2004. pág. 684. Art. 250 del CCPyo: “El parentesco por consanguinidad es la relación que existe entre las personas unidas por el vínculo de sangre. La proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones. Cada generación forma un grado. La serie de grados forma la línea”. art. 251: “Es línea recta la serie de grados entre personas que descienden una de otra. La línea colateral es la serie de grados entre personas que tienen un ascendiente común, sin descender una de otra. La línea recta es descendente o ascendente. La descendente liga al ascendente con los que descienden de él. La ascendente une a una persona con aquellas de quienes desciende”. Art. 252: “En ambas líneas hay tantos grados como personas, menos una. En la línea recta se sube hasta el ascendente. En la colateral se sube desde una de las personas hasta el ascendente común, y luego se baja hasta la otra persona con la que se quiere establecer el grado de parentesco”.

<sup>216</sup> OSSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. op. cit. idem pág. Art. 253 del CCPyo: “La afinidad es el vínculo entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro. El grado y la línea de la afinidad se determina según el grado y la línea de la consanguinidad”.

<sup>217</sup> Díez-PICAZO, Luís. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*. op. cit. pág. 542 “El cumplimiento es, en un sentido general, todo acto de exacta ejecución de una prestación debida en virtud de una relación obligatoria. Es, por ello, acto de realización del deber jurídico (deuda) que sobre el deudor pesa; es, asimismo, la manera normal que el deudor tiene de liberarse de la obligación (solutio); y es, finalmente la manera de satisfacer el derecho y el interés del acreedor”.

que son verificados de modo cognoscitivo por el juez<sup>218</sup>. Cuando el legislador utiliza para detallar el injusto del delito expresiones como “haya obtenido”, “propiedad”, “posesión”, “usufructo”, “bienes”, “derechos”, “servicios”, y “cancelación de deudas” o “extinción de obligaciones”, está describiendo objetos o situaciones susceptibles de ser aprehendidos por los sentidos, que en el caso del enriquecimiento ilícito se verifican fácticamente a través de comportamientos del propio funcionario, como también de las variaciones que sufre el activo y el pasivo de su patrimonio<sup>219</sup>.

Entonces, ¿qué instrumentos ofrece el ordenamiento jurídico para poder constatar las variaciones del patrimonio del funcionario público que constituyen indicios de enriquecimiento ilícito? En respuesta a esta interrogante DÍAZ ARANDA dice que un proceso lógico para concluir que un funcionario público se ha enriquecido ilícitamente, consiste en determinar previamente con qué bienes contaba antes de empezar su cargo, para luego cuantificarse los bienes con que cuenta actualmente, y una vez obtenidos los resultados de ambas operaciones hacer una comparación entre éstas para poder establecer si existe alguna diferencia a su favor, y en su caso, si constituye un enriquecimiento ilícito<sup>220</sup>. A este proceso debe sumarse el análisis de qué obligaciones había asumido el funcionario público antes de incorporarse a la función pública, y cuales conforman el pasivo patrimonial al momento del cese de funciones. Con este proceso integral se acredita los bienes que se incorporaron al patrimonio durante el ejercicio del cargo público, y qué obligaciones se asumieron y cuales se cancelaron dentro de ese mismo periodo de tiempo. Para ese fin se cuenta con el procedimiento administrativo de la declaración jurada de bienes y rentas del funcionario público.

La declaración jurada de bienes y rentas cumple en el Estado Democrático y Social de Derecho determinadas finalidades: a) constituye una medida preventiva que combate la corrupción pública, es decir, dentro de la función pública, b) promueve la transparencia de la actuación de los órganos públicos y de las cuentas patrimoniales de los funcionarios públicos, c) en los países que permiten el acceso público de las mismas, facilita la vigilancia y control de los ciudadanos de la función pública; y d) esencialmente a partir de la promulgación de las CICC y CNUCC se erige como un instrumento jurídico imprescindible para la investigación preliminar y procesal del delito de enriquecimiento ilícito, ya que permite evidenciar las notables variaciones económicas del patrimonio del funcionario público<sup>221</sup>.

<sup>218</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general.* op. cit. pág. 306; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general.* Op. Cit. Pág. 289; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general.* op. cit. pág.235.

<sup>219</sup> Si bien la variación del patrimonio del funcionario público es susceptible de ser aprehendido por los sentidos, no puede negarse que los elementos con los cuales se describe la conducta incriminada (propiedad, posesión, usufructo, bienes, derechos, servicios, cancelación de deudas, extinción de obligaciones) exigen un juicio valorativo, social o jurídico para su correcta definición. De hecho, BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL sostienen que cada vez son menos los elementos puramente descriptivos, pues siempre hay, incluso en los casos aparentemente más claros, un referente valorativo (BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho penal.* Tomo II. Editorial Trotta. Madrid. Año 1999. pág. 46). En esta misma línea de pensamiento, ROXIN señala que en la definición usual de elementos descriptivos y normativos apenas se presentan circunstancias puramente descriptivas o normativas, pues incluso elementos a primera vista descriptivos deben interpretarse conforme al fin de protección del correspondiente precepto penal y por tanto conforme a criterios normativos. Pero por otra parte, la mayoría de los conceptos normativos tampoco se presentan como puras valoraciones, sino que tienen un sustrato descriptivo. Por consiguiente, no importa tanto la separación de elementos descriptivos y normativos, cuando reconocer que la mayoría de los elementos del tipo son una mezcla de elementos normativos y descriptivos, en los que tan pronto predomina un factor como el otro (ROXIN, Claus. *Derecho penal.* Parte general. op. Cit. págs. 306 y 307).

<sup>220</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique. *¿Previene el delito de enriquecimiento ilícito la corrupción?*, en: Méndez-Silva, Ricardo (Coordinador): *Lo que todos sabemos sobre la corrupción y algo más.* Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Año 2010. págs. 90 y 91.

<sup>221</sup> En un idéntico sentido, PIZA RODRÍGUEZ otorga a la declaración jurada de bienes y rentas como instrumento contra la corrupción, los siguientes objetivos. a) transparencia; b) conflictos de intereses; y c) enriquecimiento

La conexión existente entre la declaración jurada de bienes y rentas con el delito en estudio es tan estrecha que existen países como El Salvador<sup>222</sup>, Chile<sup>223</sup> y Costa Rica<sup>224</sup> que integran la regulación jurídica de este documento público administrativo dentro de sus leyes especiales de enriquecimiento ilícito. Es más, existen legislaciones penales que han introducido a la declaración jurada de bienes y rentas dentro del tipo penal de enriquecimiento ilícito, reconociendo su importancia para determinar la existencia de indicios sobre la comisión de este delito. Tal es el caso del delito de enriquecimiento ilícito previsto en el art. 401 del código penal peruano, que considera la existencia de indicios de enriquecimiento cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente mayor al que haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de capital, o de sus ingresos por cualquier causa lícita.

Como primer paso para acreditar el enriquecimiento, es necesario realizar un estudio contable al cuadro «estado patrimonial» de las declaraciones juradas de bienes y rentas presentadas por el funcionario público (a su ingreso a la función pública, las presentadas cada año o al asumir un nuevo cargo, como también, si fuera el caso, la que correspondiese al momento de su retiro), en la parte correspondiente al activo que consigna los bienes (cosas muebles, inmuebles y derechos a su favor) que el declarante posee, como también el pasivo, que indica cuales son las obligaciones que ha asumido y gravan su patrimonio. En este proceso de verificación son importantes los resultados proporcionados por el examen de correspondencia realizado a las declaraciones juradas por la CGR que analiza (por denuncia previa o de oficio) la situación financiera de los bienes y obligaciones del declarante a los efectos de determinar la razonabilidad de la variación de su patrimonio.

Si del examen de correspondencia se evidencia un incremento apreciable del patrimonio del funcionario público o una disminución súbita del pasivo del mismo, dicho resultado no debe ser considerado como única prueba fehaciente y directa de un supuesto de enriquecimiento, ya que las conclusiones de este examen administrativo se apoyan en los datos consignados por el propio funcionario público en su declaración jurada de bienes y rentas, lo que no traduce en legalidad lo declarado<sup>225</sup>. Si bien el funcionario público tiene el deber legal y constitucional de manifestar bajo juramento los bienes que posee ante un ente público facultado para recibirla (que en este caso es la CGR) que implica que el contenido de lo declarado es verdad, la realidad actual de la función pública en el Paraguay nos demuestra todo lo contrario, siendo normal que bienes cuya propiedad efectivamente pertenecen a un funcionario público sean omitidos o declarados inexactamente, por ejemplo, mediante la asignación de un valor de adquisición menor al realmente pagado, como los consignados en las escrituras públicas que no se

---

ilícito (PIZA RODRÍGUEZ, Julio Roberto. *Ley modelo sobre declaración de ingresos, pasivos y activos, por parte de quienes desempeñan funciones públicas*. Organización de Estados Americanos.

Vid: <http://www.oas.org/juridico/spanish/legmod.htm>).

<sup>222</sup> Arts. 3 al 6 (De la declaración de patrimonios) del Decreto Legislativo N° 2833/59 “Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos”.

<sup>223</sup> La Ley N° 20.088 “Que establece como obligatoria la declaración jurada patrimonial de bienes a las autoridades que ejercen una función pública”, introduce en su art. 1. la declaración de patrimonio a la Ley N° 18.575 “Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”, y en su art. 12 incluye al CP penal chileno el delito de enriquecimiento ilícito <Art. 241 (bis)>.

<sup>224</sup> Arts. 21 al 36 (Declaración jurada sobre la situación patrimonial) de la Ley N° 8422/04.

<sup>225</sup> Sostiene BIELSA que se castiga el enriquecimiento ilícito para evitar en lo posible la conducta delictuosa del funcionario, pero la obligatoriedad de someterse a un control respecto de su gestión patrimonial es un medio administrativo preventivo, pues el registro puede ser una prueba suficiente para establecer una presunción que el funcionario público debe desvirtuar, y a este respecto la prueba es considerada indirecta (BIELSA, Rafael. *La función pública*. op. cit. pág. 215).



corresponden al valor real de mercado<sup>226</sup>. Por ello, es imprescindible que los operadores de justicia (ministerio público y jueces penales) realicen una serie de diligencias para conocer el estado real del patrimonio del funcionario público, y para ese fin, es necesario solicitar informes a las siguientes dependencias estatales:

- 1) Registro civil: para conocer su estado civil y filiación.
- 2) Subsecretaría de Estado de Tributación: para conocer si el declarante es propietario o socio de una empresa, actividad comercial, estado de cuentas y declaraciones juradas impositivas presentadas.
- 3) Registros públicos: para conocer los bienes muebles e inmuebles que el funcionario público tiene registrados a su nombre.
- 4) Superintendencia de Bancos: para conocer créditos, cajas de ahorro, certificados de depósitos de ahorro, recepción o emisión de giros al y del extranjero y/o cualquier otra información relevante del sistema financiero nacional que pueda indicar el movimiento de fondos o la posesión de activos.
- 5) Ministerio de Industria y Comercio: para conocer si el funcionario público posee marcas comerciales.
- 6) Seprelad<sup>227</sup>: para obtener un reporte sobre operaciones sospechosas, depósitos bancarios y certificación de existencia o no de indicios de actos ilícitos como tráfico de drogas o lavado de dinero.
- 7) Senacsa<sup>228</sup>: para conocer si el funcionario público posee algún registro de marca de animales mayores o menores a su nombre.

De todo lo mencionado se concluye que el informe del examen de correspondencia debe considerarse como una prueba indiciaria cuyos datos tienen que ser corroborados con otros medios de prueba para cerciorarse sobre su veracidad, ante la posibilidad de que el funcionario público consigne datos falsos sobre los bienes que posee y que no guardan correspondencia con la realidad.

#### **7.3.2.4. Otros comportamientos que se consideran típicos de acuerdo a las modalidades de conducta del delito de enriquecimiento ilícito.**

La consideración económica del patrimonio ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia latinoamericana a considerar típicos ciertos comportamientos que si bien no pueden subsumirse literalmente en las acciones de enriquecimiento, exhiben signos exteriores de riqueza producto de un sólido y ostensible estado patrimonial, quedando enmarcados dentro del sentido y alcance de las conductas que quiere evitar el delito de enriquecimiento ilícito.

##### **a) Los gastos hechos por el funcionario público como forma de enriquecimiento.**

Se pueden dar situaciones en las que un funcionario público efectúa súbita o paulatinamente grandes erogaciones de dinero para solventar viajes de placer, acceder a un exclusivo club social, ofrecer extravagantes fiestas o comprar objetos de valor no registrables

<sup>226</sup> Toda omisión o declaración falsa sobre los bienes que posee el funcionario público en su declaración jurada de bienes y rentas, a parte de las correspondientes sanciones administrativas, es pasible de ser castigada penalmente por el delito de declaración falsa prevista en el art. 243 del CPPyo, que dice: “1º. El que presentara una declaración jurada falsa ante un ente facultado para recibirla e invocando tal declaración, formulara una declaración falsa será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años”.

<sup>227</sup> Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero.

<sup>228</sup> Servicio Nacional de Calidad y Salud Animal.

(joyas, vestimenta de grandes marcas, cuadros, etc.), que demuestran un buen pasar o alto nivel de vida. De estos ejemplos se deduce que en ciertos casos los gastos realizados no producen ninguna visible adquisición dominial de bienes<sup>229</sup>, ni guardan relación con la satisfacción de necesidades personales o familiares. Además, muchas veces son pagados en efectivo y no constan en la declaración jurada de bienes y rentas del funcionario con la finalidad de evitar su detección por los órganos de control del Estado. Lo mismo ocurre cuando el funcionario refleja en su declaración jurada de bienes y rentas un estado patrimonial en déficit, es decir, sus deudas superan a sus ingresos o, cuando no presenta en su activo ningún bien a su nombre; no obstante, lleva su vida cotidiana como si tuviera una situación económica estable. En dicha situación, dice DÍAZ ARANDA, no se evidencia la adquisición de signos exteriores de riqueza, es decir, el incremento patrimonial no es perceptible, más, en términos reales, éste se ha producido<sup>230</sup>.

Esta forma de enriquecimiento se expresa con claridad a través de las jocosas palabras de CANCINO y TOSCANO DE SÁNCHEZ: “es necesario analizar el caso en el que el empleado oficial, dilapidador, irresponsable además delincuente, derrocha el objeto de ilícita adquisición y, en consecuencia, en sentido estricto, no se produce un visible aumento en su haber económico. Es decir, el empleado oficial hace gastos que no guardan proporción con sus ingresos lícitos. En este evento, si se demuestra que los dineros que se dilapidan fueron ilícitamente adquiridos por razón del cargo o de las funciones, también se configura el delito porque de todas maneras existe un incremento patrimonial que permite al sujeto activo realizar gastos y actividades que normalmente no podría hacer”<sup>231</sup>.

Por otra parte, debe admitirse la posibilidad de que los gastos excesivos con los que el funcionario público mejora su nivel de vida, no fuesen hechos directamente por él sino por medio de cómplices que utiliza para ese cometido, especialmente los parientes o su cónyuge. En efecto, la SDTS N° 215 de fecha 31 de julio de 2007 ha señalado que en los casos de enriquecimiento ilícito la posesión de la moneda no siempre se puede demostrar a través del depósito en bancos, financieras, cajas de ahorros, cooperativas, adquisiciones de bienes muebles o inmuebles. En esa inteligencia, el tribunal de sentencia ha considerado constitutivo de delito de enriquecimiento ilícito entre otros hechos, los gastos excesivos realizados por la esposa del funcionario público acusado en concepto de contratos de seguro de numerosos vehículos y por mejoras hechas en bienes inmuebles, todos ellos en propiedad de la comunidad conyugal.

Este mismo razonamiento puede observarse en la SDTS N° 392 de fecha 5 de diciembre de 2008 que consideró un supuesto hecho de enriquecimiento ilícito el valor de los gastos efectuados por un funcionario público en concepto de mejoras hechas en varios inmuebles de su propiedad (que no habían sido objeto del proceso penal por haber sido adquiridos antes del periodo de investigación) que habían generado –según las correspondientes pericias–, una plusvalía en los mismos que no se correspondían con los ingresos legales que percibía como miembro de las fuerzas armadas<sup>232</sup>. De esta manera, los gastos invertidos en un determinado bien que producen su plusvalía (entendido este término como todo aumento del valor de un bien

<sup>229</sup> El gasto visto desde este punto de vista, no tiene relación con el mismo término utilizado en la teoría contable-financiera en el sentido de sacrificio o flujo negativo de riqueza que se produce para la obtención de ingresos (cualquier clase de bienes), ya que puede haber gastos que no siempre tendrán como consecuencia una adquisición de activos u otros ingresos, como es el caso de un funcionario público que efectúa cuantiosas erogaciones dinerarias para solventar los costes de un viaje de placer .

<sup>230</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. op. cit. pág. 98.

<sup>231</sup> CANCINO, Antonio José; TOSCANO DE SÁNCHEZ, Maruja. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág.32.

<sup>232</sup> En este caso el acusado fue absuelto de reproche y pena en base a que el tribunal de sentencia estimó que los desembolsos en dinero que produjeron la plusvalía experimentada en su patrimonio, conforme a las pruebas periciales producidas en el juicio oral, y en ejercicio de su rol jurisdiccional de “peritos de peritos”, se encontraban justificadas por los medios de prueba introducidos en el juicio que daban plena certeza de que el hecho punible atribuido no se había comprobado.

del que no se desprende su titular, por lo que representa una ganancia de capital no realizada<sup>233</sup>), pueden considerarse hechos generadores de incremento patrimonial y por consiguiente, penalmente relevantes de acuerdo al sentido y alcance de la modalidad positiva del delito de enriquecimiento ilícito.

En definitiva, si el legislador decide mantener vigente al enriquecimiento ilícito como delito contra el ejercicio de las funciones públicas (a pesar de los múltiples cuestionamientos dogmáticos, procesales y constitucionales que se le atribuyen, y que más adelante nos referiremos), es necesario que tenga en cuenta las correcciones que la jurisprudencia ha realizado a la interpretación estricta de la norma penal analizada, a los efectos de que de *lege ferenda* considere como conducta típica aquellos comportamientos realizados por un funcionario público que expresan un gasto excesivo que no guarda relación con sus ingresos legítimos, siguiendo la técnica legislativa adoptada en otros ordenamientos penales<sup>234</sup>.

b) Especial referencia a la comisión por omisión como generadora del enriquecimiento.

Se ha puesto en debate en la doctrina si el enriquecimiento puede concretarse por un comportamiento omisivo atribuido a un funcionario público. CARO CORIA admite que el incremento real del patrimonio económico puede concretarse a través de un acto comisivo o mediante una omisión, esto es, cuando el sujeto del enriquecimiento no realiza concretamente algún acto para incrementar su patrimonio, aunque permite que esto se produzca<sup>235</sup>. Por ejemplo, una persona deposita en la cuenta bancaria de un funcionario público una elevada cantidad de dinero con pleno conocimiento de este último. Si bien el funcionario público no realiza ninguna acción, tampoco evita que su patrimonio se enriquezca con la acción de otro.

Partiendo de que el enriquecimiento ilícito es un delito de comisión que se estructura sobre la base de una norma primaria<sup>236</sup> que prescribe la prohibición de conductas que producen un resultado (los incrementos patrimoniales injustificados dentro de la función pública), este planteamiento hace pensar que el resultado prohibido puede causalmente producirse tanto por un actuar del sujeto activo como por un no hacer del mismo, lo que conlleva a equiparar en un plano valorativo a la acción con la omisión. Este tipo de situaciones en las que la no evitación de la producción de un resultado equivale a su causación recibe el nombre de comisión por omisión.

<sup>233</sup> ABELLA POBLET, Enrique. *Manual del impuesto sobre la renta de las personas físicas*. Publicaciones Abella. Madrid. Año 1980. pág. 457.

<sup>234</sup> Algunos países han incluido en sus tipos penales de enriquecimiento ilícito al excesivo gasto personal como forma de enriquecimiento penalmente relevante. En Perú, el art. 401 del código penal considera indicio de enriquecimiento ilícito cuando existe un aumento del patrimonio y/o gasto económico personal del funcionario o servidor público, notoriamente superior al que normalmente haya podido obtener en virtud de sus sueldos percibidos. Además, Malawi (Corrupt Practices Act 1995, art. 32.1.) y Lesoto (Prevention of Corruption and Economics Offenses Act 1999, art. 5) se han referido a esta forma de enriquecimiento utilizando la frase «mantener un estándar de vida por encima de sus emolumentos legales u otros ingresos conocidos». Por su parte, Nepal (Prevention of Corrupt Act 2009, art. 20), ha utilizado el término «inadecuado estilo de vida».

<sup>235</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 186.

<sup>236</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 2002. pág. 323 “Las normas primarias, dirigidas a los ciudadanos, pueden ser de mandato o de prohibición. Entre unas y otras –entre los mandatos y las prohibiciones- hay una distinción sustancial, que desborda el ámbito de la mera formulación lingüística. Tal distinción puede expresarse señalando que son normas primarias de prohibición en sentido material, aquellas que pretenden impedir que los destinatarios de las mismas se inmiscuyan de forma especialmente grave (lesiva) en la esfera ajena de bienes jurídicos penalmente protegidos. Por su parte, son normas primarias de mandato en sentido material, las que pretenden obtener de sus destinatarios prestaciones positivas de salvaguarda de la esfera de bienes jurídicos ajenos penalmente protegidos”. En ese sentido, Vid: KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2006. pág. 25; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 648; MAURACH, Reinhart; GOSEEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte general*. Tomo II. op. cit. pág. 215; GONZÁLEZ MACCHI, José Ignacio. *Introducción al Derecho penal paraguayo*. op. cit. pág. 111.

Los delitos de omisión se clasifican en delitos de omisión pura y de comisión por omisión. Los primeros son aquellos que su contenido se agota en la no realización de una acción exigida por la ley. Manifiesta MIR PUIG que el tipo de omisión no requiere la pasividad física del autor, sino que precisamente suele cometerse mediante la realización de una conducta activa distinta a la ordenada<sup>237</sup>. Los segundos son aquellos que, a parte de contemplar un no hacer algo determinado, imponen además al sujeto un específico deber (de garante) de evitar un resultado<sup>238</sup>. De esta manera, la producción del resultado pertenece al tipo y el sujeto que infringe el deber es responsabilizado penalmente por el resultado sobrevenido, de ahí su equivalencia a los delitos de resultado<sup>239</sup>.

El específico deber de evitar el resultado como elemento innovador y fundamental de los delitos de comisión por omisión ha sido obra de Nagler, para quien es evidente que no todo omitir equivale a la actividad, sino que debe existir una relación de deber especial en virtud de la cual, el obligado se convierte en instancia de protección para el valor jurídico protegido en el contexto social. Según este contexto, el obligado de evitar el resultado es calificado como garante jurídico de la intangibilidad del valor protegido. Por tanto, para KAUFMANN lo fundamental de la aportación de Nagler es que añade para los delitos de omisión impropia un nuevo elemento al tipo, la posición de garante o deber de garante<sup>240</sup>. Así, no cualquiera puede ser autor de un delito de comisión por omisión sino sólo aquel que de acuerdo a la situación en que se encuentra, es garante de la protección de un bien jurídico, es decir, es titular de un deber de responder que se evite el resultado. Para ciertos autores los delitos que se hacen referencia son delitos de infracción de deber, en los que se infringe la conducta esperada en función del papel social que se desempeña<sup>241</sup>.

El problema fundamental de esta modalidad de conducta penalmente relevante, es que normalmente no se encuentra prevista en los tipos penales, como tampoco el deber específico de actuar que exige al sujeto la evitación de que se produzca el resultado, por lo que estarían en pugna con el principio de legalidad, de ahí que BUSTOS y HORMAZÁBAL sostengan que esta clase de delitos no están directamente tipificados por el legislador, por lo que son construidos por el intérprete a partir de los tipos de comisión. Además, argumentan estos autores que la simple equiparación sin ningún condicionamiento podría conducir al no deseable resultado de ampliar indeterminadamente mediante los delitos de omisión impropia el ámbito de protección del bien jurídico ya establecido y fijado por el correspondiente delito de acción<sup>242</sup>. Para solucionar estas objeciones, y en atención al principio de legalidad, los códigos penales han incorporado en la parte general una cláusula legal de punición que establece taxativamente (para aquellos delitos cuya omisión no se contemple en el tipo) los requisitos con los cuales se

<sup>237</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 309; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario; ACALE SÁNCHEZ, María; NIETO MARTÍN, Adán; DEMETRIO CRESPO, Eduardo; PÉREZ CEPEDA, Ana. *Curso de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 239.

<sup>238</sup> La diferencia fundamental de esta clase de delitos, según GÓMEZ BENÍTEZ, está en el deber específico de actuar para evitar que se produzca el resultado típico característico de los delitos de omisión impropia, ya que en los delitos omisión propia, éste deber no alcanza a la evitación del resultado (GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito. Derecho penal parte general*. op. cit. pág. 579).

<sup>239</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 652; CUADRADO RUIZ, María Ángeles. *La posición de garante*. RDPC N° 6. Año 2000. pág. 12 “El ordenamiento jurídico lleva una selección entre todas las omisiones que no impidieron el resultado y dota de relevancia jurídico penal, tan sólo, a las omisiones de quienes se encuentran en una situación tal, que fundamenta el deber jurídico de evitar el resultado prohibido. Esto es lo que se llama posición de garante”.

<sup>240</sup> KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. op. cit. págs. 258 y 259.

<sup>241</sup> CUADRADO RUIZ, María Ángeles. *La posición de garante*. op. cit. pág. 13.

<sup>242</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho penal*. op. cit. págs. 328 y 330.

entiende la omisión de evitar un resultado equiparable a los delitos de comisión, y especialmente, las situaciones capaces de hacer nacer ese deber específico de evitar un resultado que califica al sujeto activo en garante.

El CPPyo contiene un precepto de carácter general que establece los requisitos que permiten aplicar a las omisiones que no evitan la producción de un resultado la misma sanción prevista para los delitos de comisión, el cual está previsto en el art. 15 que dice: “Al que omita impedir un resultado descrito en el tipo legal de un hecho punible de acción, se aplicará la sanción prevista para éste sólo cuando: 1. exista un mandato jurídico que obligue al omitente a impedir tal resultado; y 2. este mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y directa que la omisión resulte, generalmente, tan grave como la producción activa del resultado”.

Conviene ahora verificar si en base al delito de enriquecimiento ilícito un funcionario público puede enriquecerse sin que realice acción alguna, en razón a que no todos los delitos pueden ser realizados en comisión por omisión, sino sólo los que reúnan los requisitos exigidos por el legislador en dicho precepto.

Antes que nada, es importante dejar por sentado cómo se debería interpretar la primera parte del art.15 del código penal, puesto que el texto legal se dirige a un determinado sujeto activo descrito con el término “al que”, que en nuestro caso es un funcionario público, pero además se necesita comprobar que éste omita evitar el resultado previsto en el tipo penal de un hecho punible de acción. El resultado que se quiere evitar a través de la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito es el desproporcionado incremento patrimonial del funcionario público con relación a sus ingresos legítimos, siendo éste estado patrimonial el que se genera como consecuencia directa de las conductas típicas realizadas por este sujeto. Si partimos de que el tipo objetivo del delito se interpreta como el contenido invertido de una norma, es decir, como aquello que debe ser evitado, entonces la conducta del funcionario que satisface el suceso típico descrito representa la realización del estado de cosas antinormativo o el injusto del resultado<sup>243</sup>. En otras palabras, cuando el funcionario adquiere bienes o cancela obligaciones fuera de sus posibilidades económicas legales, produce el resultado o enriquecimiento patrimonial que la ley reputa prohibido y que pretende evitar. Entonces, puede concluirse que estamos frente a una figura en la que se distinguen, por un lado, unos comportamientos realizados por el funcionario en determinadas circunstancias (obtención de bienes y cancelación de deudas fuera de sus legítimas posibilidades económicas), y por otro lado, el efecto que se deriva de ellos (el enriquecimiento), de ahí que sea correcto clasificarla dentro de los delitos de resultado.

Una vez determinado el resultado prohibido en el delito de enriquecimiento ilícito es necesario analizar los requisitos legales con los cuales el legislador entiende que una omisión es equivalente a una comisión. Según el art.15 del CPPyo, el primer requisito exige la existencia de un mandato jurídico que obligue al omitente a impedir el resultado, que en otras palabras significa la presencia de una fuente de deberes jurídicos dirigidos al sujeto activo que lo convierten en garante de la protección de un determinado valor jurídico de consideración social. Puede notarse que el referido art.15 se aparta del criterio adoptado por aquellos códigos penales que incluyen en sus cláusulas generales de comisión por omisión a la clásica tríada ley-contrato-injerencia como fuentes de posición de garante<sup>244</sup>, por un precepto que sigue el mismo criterio del art. 13 del código penal germano que no describe taxativamente en la ley las distintas circunstancias que fundamentan la posición de garante, las cuales deben ser deducidas de los

<sup>243</sup> En este sentido, KINDHÄUSER, Urs. *El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva*. CPC N° 103. 2ª Época. Año 2011. pág. 10.

<sup>244</sup> Entre ellos, el art. 11 del CPE.

tipos penales a través de la interpretación<sup>245</sup> y con la ayuda de las soluciones que aportan la doctrina y jurisprudencia<sup>246</sup>.

MIR PUIG precisa que si el primer elemento de toda omisión es que tenga lugar la situación típica base del deber de actuar, en la comisión por omisión no expresamente tipificada ha de integrar dicha situación la llamada posición de garante por parte del autor<sup>247</sup>. En ese sentido, se ha dicho que en los delitos de omisión, salvo en algunos, el comportamiento omisivo y el deber de actuar resultante de la posición de garante no forman parte de los elementos objetivos del tipo; sin embargo, estos se derivan de la propia situación típica<sup>248</sup>.

En los delitos de funcionario público la posición de garante del sujeto activo nace del vínculo jurídico que tiene con la función pública. El rol de funcionario público está caracterizado por un conjunto determinado de deberes, obligaciones y prohibiciones que derivan de normas previstas en la Constitución, en leyes nacionales y en los reglamentos de los distintos órganos del Estado, los cuales delimitan y legitiman el desempeño de sus respectivas funciones. Estos “deberes funcionales” que la función pública dirige a sus funcionarios son especiales deberes de garantía que se distinguen de cualquier deber legal general (como por ejemplo el deber de ayuda) que el ordenamiento jurídico dirige a los ciudadanos en su conjunto, los cuales obligan a sus destinatarios desde dos puntos de vista: a) a prestar los servicios públicos relacionados a su función, con eficacia, corrección, disciplina y honestidad, todo esto, con el solo fin de procurar a la ciudadanía una eficaz función pública (bien jurídico protegido) destinada a alcanzar el bienestar general; b) a evitar o impedir cualquier tipo de ataque a la función pública que provenga tanto desde el fuero interno de su propia organización estatal (pudiendo ser el atacante el mismo funcionario público u otro miembro de la función pública), como también desde el exterior (cualquier ciudadano que atente contra la indemnidad de la función pública)<sup>249</sup>.

<sup>245</sup> ROXIN, Claus. *Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia*, en: García Valdés, Carlos; Cuerda Riezu, Antonio; Martínez Escamilla, Margarita; Alcácer Guirao, Rafael; Valle Mariscal de Gante, Margarita (Coordinadores): *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II. op. cit. pág. 1543 “El legislador alemán deja librado a su suerte al intérprete: exige que el omitente fuera la persona competente para que no se produjera el resultado y que la omisión se corresponda con la realización mediante un hacer del tipo legal, pero silencia cuándo esto ocurre. La cláusula de la competencia y de la correspondencia son pues fórmulas vacías poco clarificadoras...”.

<sup>246</sup> KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. op. cit. pág. 284. Sobre la clasificación y ordenación de las posiciones de garante en la doctrina, Vid: JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. págs. 965-1009; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. op. cit. págs. 320-328.

<sup>247</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. op. cit. pág. 317. La posición de garante es producto del desarrollo de teorías cuya primera formulación corresponde -como anteriormente se ha mencionado- a Nagler, vinculada a la “teoría formal del deber jurídico” que reconoce como garantes a sujetos que ostentarían un deber especial de actuar derivado de la ley, el contrato y la conducta peligrosa precedente; y a la evolución posterior que ha dado Kaufmann con su “teoría de las funciones”, que fundamenta la posición de garante en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico. Esta teoría divide las posiciones de garante en dos grupos: los garantes de protección de un bien jurídico y los garantes de control de una fuente de peligro. En cuanto a la evolución histórico-dogmático de las teorías de la posición de garante, Vid: DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Omisión e injerencia en Derecho penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2006. págs. 201 y sigtes.

<sup>248</sup> Al respecto dice KAUFMANN que en el ámbito nuclear del Derecho penal no parece haber delitos con puros elementos de autoría, sino sólo interpretables, en el sentido de que el sujeto y la materia de la norma, autor y acción u omisión típicas, resultan caracterizados al mismo tiempo mediante una relación especial entre el sujeto y su acción o mediante el no ejercicio o ejercicio defectuoso de una función por parte de su titular. Esto vale también para los delitos de funcionario, en lo que la caracterización de la función pública, como cualidad de la autoría, aparece unida con la cualidad especial de la acción, con su relación respecto al oficio público ejercido (KAUFMANN, Armin. *Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad*. op. cit. idem pág).

<sup>249</sup> ROCA AGAPITO, Luis. *El delito de malversación de caudales públicos*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1999. pág. 51; KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. op. cit. pág. 284; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 289 “La posición de garante consiste, pues, en una posición de protección con respecto a un bien jurídico. La tarea de defensa del garante puede orientarse en dos direcciones: por

En este sentido, sostiene JAKOBS que explícitamente se declaran punibles, por ejemplo, toda transgresión del servidor del Estado contra preceptos de la administración, es decir, la omisión contraria a dichos preceptos. En estos delitos los deberes quebrantados por el sujeto le son adjudicados como consecuencia del status que ostenta dentro de la institución en la que participa, de ahí que el autor tiene el deber de garantizar la existencia de la institución, por lo que en el concepto de deber se encuentran prohibiciones y mandatos de un mismo haz. Estos deberes genuinamente estatales son dirigidos y desempeñados por los titulares de una función pública del Estado<sup>250</sup>.

En base a lo anterior surge que el legislador ha entendido que todo incremento desproporcionado e injustificado del patrimonio de un funcionario produce un ataque a la indemnidad de la función pública (aunque en realidad este hecho no sea capaz de vulnerar dicho bien jurídico, circunstancia que ha generado la crítica de que el delito de enriquecimiento ilícito no se adecua a los postulados del principio de lesividad), y por esa razón, a través de la norma prevista en el delito de enriquecimiento ilícito ha dirigido a su destinatario –en este caso el funcionario– el deber jurídico de evitar la realización del resultado previsto en el tipo penal. En atención a este razonamiento, puede decirse que de acuerdo al acto de transmisión normativa que el legislador hace al tipificar el delito en cuestión, el funcionario conoce cuales son los comportamientos inadecuados a su deber que han de ser omitidos. Por lo tanto, puede concluirse que el legislador ha establecido dentro de la posición de garante que ostenta el funcionario público un específico deber de evitar que se enriquezca de forma excesiva e injustificada fuera de las posibilidades materiales que le otorgan sus ingresos legales<sup>251</sup>.

El segundo requisito del art.15 del CPPyo consiste que el “mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y directa que la omisión resulte, generalmente, tan grave como la producción activa del resultado”. De la situación típica descrita en el delito de enriquecimiento ilícito resulta claro que el sujeto activo tiene de acuerdo a su posición de garante el deber jurídico de evitar que se produzca el resultado prohibido en la norma penal (que es el incremento desproporcionado e injustificado de su patrimonio), puesto que su producción, tal como hemos señalado, constituye un ataque al bien jurídico función pública. La casuística de este delito nos dice que dicho resultado puede producirse tanto si el funcionario público realiza de propia mano los actos que conllevan el incremento de su patrimonio, como también cuando no realiza acto alguno, es decir, cuando concientemente no evita ese incremento patrimonial (sea cual fuere la causa) a sabiendas de que sus ingresos legales razonablemente no le otorgan la capacidad económica suficiente para producir tal resultado. Por eso, según el sentido del tipo penal en estudio, el enriquecimiento cometido por omisión es equivalente o idénticamente valorado a su comisión causal activa (de ahí que sean igualmente grave y le corresponda la misma pena), porque en los dos casos el funcionario público infringe el mismo deber jurídico (vulnerando el bien jurídico tutelado) al no evitar que el resultado prohibido se produzca<sup>252</sup>.

---

una parte, el sujeto del mandato puede tener que estar vigilante para proteger determinado bien jurídico contra todos los ataques, venga de donde venga; aquí la función de protección consiste en la defensa en todos los flancos del concreto bien jurídico contra peligros de todo género”.

<sup>250</sup> JAKOBS, Günther. *La imputación penal de la acción y de la omisión*. ADPCP N° 49. Tomo III. Año 1996. págs. 838 y 864.

<sup>251</sup> En Argentina, DONNA sostiene que la obligación de justificar por parte del funcionario público ya no sólo tiene base en el interés social de que los administradores desempeñen honestamente sus funciones, sino que existe una jerarquía constitucional de tal interés, de ahí la importancia del ejercicio de la función pública por cuanto la calificación como delito grave y doloso a los actos que conlleven enriquecimiento atentan directamente contra el sistema democrático (DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal. Parte especial*. op. cit. pág. 385).

<sup>252</sup> KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. op. cit. pág. 283 “La calificación de delito de omisión impropia requiere, además del carácter de delito especial, una relación singularmente estrecha del especial sujeto del mandato con el bien jurídico garantizado, una posición de obligado que, por contenido de injusto y de culpabilidad, justifica la equiparación de omitir impedir el resultado con ejecutarlo. Cuando se da tal posición de

En el delito de enriquecimiento ilícito el carácter comisivo u omisivo de la conducta del sujeto activo no determina una modificación de los presupuestos de la imputación, dado el específico deber jurídico que tiene de evitar que su patrimonio se enriquezca según las circunstancias prohibidas en la ley. Así, las expectativas que forman parte del rol social del funcionario público pueden ser quebrantadas tanto por un comportamiento comisivo como omisivo, ya que de acuerdo a su posición de garante los presupuestos de imputación son iguales en estas dos clases de conductas. Esta conclusión coincide con el pensamiento de REQUENA JULIANI que expresa: “lo que la norma garantiza son las expectativas de comportamiento que se corresponden con el rol social que ocupa la persona en una situación concreta, que es el que determina su posición de garante: el injusto no se define por la lesión causal del bien jurídico, sino por la defraudación de esa expectativa de conducta, es decir, por la realización de una conducta contraria al rol que delimita la posición de garante del autor. Solamente puede existir injusto allí donde se defrauda la expectativa de conducta depositada en la persona, es decir, solamente puede existir injusto cuando se produce un quebrantamiento del deber de garante<sup>253</sup>”.

Por último, queda por decir que pueden existir situaciones especialmente problemáticas en las que se aprecia un incremento patrimonial injustificado de un funcionario público sin que tal resultado fuese producido ni consentido por el mismo. DÍAZ ARANDA manifiesta que bien puede ocurrir que una persona, interesada en dejar fuera del ámbito político a un funcionario público, deposita una fuerte cantidad de dinero en la cuenta de cheques de este último, quien antes de conocer su saldo es detenido y requerido para que demuestre la licitud de su incremento patrimonial, siendo evidente que no lo podrá hacer<sup>254</sup>. También expone este autor el caso de un abogado litigante que ofrece una fuerte cantidad de dinero a un juez para que absuelva a su cliente narcotraficante sin que éste acepte y, en venganza, el litigante investiga el número de la cuenta bancaria del juez y le deposita esa fuerte cantidad de dinero sabiendo que los depósitos bancarios pueden realizarse sin explicación del motivo ni la identidad de la persona que deposita.

Por eso resulta imprescindible que el juez verifique exhaustivamente si el caso presenta todos los requisitos (objetivos y subjetivos) para tener por acreditado el desproporcionado enriquecimiento patrimonial de un funcionario público por una conducta omisiva imputada al mismo, todo esto, a los efectos de impedir que se produzcan imputaciones penales por enriquecimiento ilícito verdaderamente injustas en las que el funcionario público no tiene conocimiento ni la intención de que su patrimonio fuese enriquecido.

### **7.3.3. La ilicitud del enriquecimiento. Las legítimas posibilidades económicas del funcionario público y su consideración como elemento normativo.**

En el apartado anterior se han analizado las distintas modalidades de conducta comprendidas en el tipo penal de enriquecimiento ilícito, como también aquellas que sin estar descriptas en la ley son admitidas como conductas de enriquecimiento por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Ahora bien, la descripción de estas modalidades de conducta no nos dice nada

---

garante que sustenta la equiparación en cuanto a merecimiento de penal constituye una cuestión valorativa, una problema axiológico y no dogmático”.

<sup>253</sup> REQUENA JULIANI, Jaime. *Delitos de acción y posición de garante*. CPC N° 102. 2ª Época. Año 2010. págs. 118 y 119.

<sup>254</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. op. cit. pág. 100. Este ejemplo también se podría utilizar desde el punto de vista de la modalidad negativa del enriquecimiento, es decir, de la disminución del pasivo del patrimonio. Si se quiere destruir o lesionar políticamente a un opositor, otro político inescrupuloso puede pagar anónimamente ciertas deudas de aquel, para luego acusarle de haber cometido el delito de enriquecimiento ilícito, ya que el tipo penal de este delito no sólo se activa por un incremento substancial de capital sino, además, por un decremento de su pasivo como son las deudas (MIKKELSEN-LOTH, Jorge. *Enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 50).



aún sobre la capacidad que tienen de vulnerar el bien jurídico protegido. En otro apartado de esta obra hemos señalado que en un Estado Democrático y Social de Derecho que ampara y fomenta a sus ciudadanos la libre circulación de bienes y servicios dentro del sistema social, constituye una contradicción a este principio que el mero enriquecimiento de un funcionario público, entendido como la simple variación o mejoramiento económico de su patrimonio, sea la base del injusto de un determinado delito<sup>255</sup>.

En consecuencia, resulta necesario que la ley penal establezca bajo qué circunstancias y presupuestos la variación económica del patrimonio del funcionario público puede considerarse ilícita, y por ende, capaz de afectar el bien jurídico que se pretende proteger. BUSTOS y HORMAZABAL advierten que no es típica cualquier acción que naturalmente se corresponda con la contenida en el tipo, sino sólo aquella a la que le da tal significación el bien jurídico protegido y que además se realiza con las circunstancias que están previstas en el tipo de que se trate<sup>256</sup>. Con la determinación de las circunstancias que tornan ilícita una conducta, el legislador, además de completar el contenido de injusto, delimita normativamente un determinado sector de la sociedad, seleccionando qué pautas de conducta son deseables para un cierto rol social. De esta manera, con la prohibición o mandato contenido en la norma penal dirigida al funcionario público se le pone a su conocimiento en qué casos resulta lícito y socialmente aceptable que enriquezca su patrimonio según las características de su status funcional y del ámbito público en el cual desempeña sus funciones. Por el contrario, toda conducta que contraviene el mandato contenido en la norma se considera ilícita y pasible de sanción por el ordenamiento jurídico<sup>257</sup>.

El presupuesto que determina la desvaloración del incremento patrimonial de un funcionario público (modelo de prohibición señalado por el legislador) se encuentra previsto en la segunda parte de las dos modalidades de conducta en las que se descompone el tipo penal de enriquecimiento ilícito, cuyo denominador común está constituido por el hecho de que el valor de los bienes adquiridos por el funcionario público en propiedad, posesión o usufructo, o el valor de las deudas u obligaciones extinguidas que afectaban su patrimonio, *sobrepasen sus legítimas posibilidades económicas*. La adición en el tipo de este presupuesto es imprescindible para comprender la ilicitud de las conductas típicas, pues como dice BAJO FERNÁNDEZ los comportamientos consistentes en operaciones de comercio (cualquier acto de transmisión de cosas, cesión de derechos o de disposición) sólo se convierten en típicos desde el momento en que van acompañados del cumplimiento de una serie de requisitos. Porque sólo con el cumplimiento de estos requisitos se encuentran los elementos necesarios para poder elaborar el juicio de antijuridicidad consistente en determinar el carácter disvalioso del hecho, por su carácter lesivo para el bien jurídico que se trata de proteger<sup>258</sup>. Sin embargo, este presupuesto de prohibición difiere en cuanto a su alcance y contenido respecto a cada supuesto típico, ya que en

<sup>255</sup> Los simples actos del funcionario que tienen como efecto el enriquecimiento de su patrimonio, cabrían dentro de la teoría de la adecuación social formulada por WELZEL, para quien son atípicas las conductas que se mueven por completo dentro del marco del orden social, histórico y normal de la vida, pese a ser abarcadas por el tenor literal de una prescripción penal. Vid: WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. op. cit. pág. 83; CANCIO MELÍA, Manuel. *La teoría de la adecuación social en Welzel*. ADPCP N° 46. Tomo II. Año 1993. págs. 698 y sigtes; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales*. ADPCP Tomo L. Fascículo único. Año 1997. pág.264.

<sup>256</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho penal*. Tomo II. op. cit. pág. 47.

<sup>257</sup> SILVA MERELO, Valentín. *Ilicitud civil y penal*. RGLJ Tomo XI. 2ª Época. Año 1946. pág. 6 “El Derecho, con carácter general, estatuye la formación del minimum ético indispensable para la ordenada convivencia social. Cuando los actos humanos se atemperan a sus postulados, la conducta se reputa lícita, y si, por el contrario, se separa de sus normas, la consideramos injusta, torticera, antijurídica o ilícita, términos todos que dentro de sus matices peculiares vienen a significar una actuación desviada de aquella ruta de rectitud que el Derecho propugna y coactivamente impone”.

<sup>258</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *El comercio, tenencia o circulación de géneros de lícito comercio*, en: Comentarios a la legislación penal. Tomo III. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Año 1994. pág. 64.

la modalidad activa se considera ilícito el enriquecimiento patrimonial del funcionario que sobrepasa no solamente sus propias posibilidades económicas, sino también las de su cónyuge o conviviente. En cambio, en la modalidad negativa, la punición de la conducta del funcionario radica en haber cancelado deudas u obligaciones suyas, las de su cónyuge o conviviente, inclusive las de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y de afinidad, cuyo valor sobrepase sus propias posibilidades económicas.

Por otra parte, el modelo de prohibición que condiciona la desvaloración del enriquecimiento está definido por medio de elementos normativos, lo que implica la realización de un juicio valorativo jurídico para su correcta apreciación<sup>259</sup>. Los elementos normativos son aquellos que sólo pueden ser aprendidos o comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo en sede judicial<sup>260</sup>. Naturalmente, el juez no podría desentrañar el verdadero sentido del modelo de prohibición con la sola interpretación de su expresión lingüística, por lo que necesita acudir al conocimiento técnico proporcionado por otras ciencias, que en este caso es la ciencia contable. Es así que para la correcta determinación de las legítimas posibilidades económicas de un funcionario público se debe realizar el análisis contable de los ingresos y egresos consignados en el “cuadro de resultados” de su declaración jurada de bienes y rentas.

### 7.3.3.1. Los objetos de valoración para conocer el modelo de prohibición: Los ingresos y egresos.

#### a) Ingresos

Se entiende por «ingreso» todo flujo positivo de riqueza generado por una persona (física o jurídica) en un ejercicio determinado<sup>261</sup>. En esta parte del cuadro de resultados el funcionario debe señalar la remuneración legal que percibe, como también toda percepción económica sin excepción por razón de trabajo u otra actividad lucrativa. En ella cabría, aparte del salario que recibe como contraprestación del ejercicio de su cargo público, los honorarios, ingresos obtenidos por predios arrendados, subarrendados o cedidos, bienes muebles arrendados, subarrendados o cedidos, intereses originados por la colocación de capitales, regalías, rentas vitalicias, dietas o similares, y cualquier otro ingreso que le reporte un beneficio económico al declarante<sup>262</sup>. En la declaración jurada de bienes y rentas confeccionado por la CGR para los funcionarios públicos que prestan servicios en la función pública paraguaya, los ingresos están divididos en mensuales y anuales, ya que en toda valoración económica de cualquier elemento de los estados contables de una persona requiere tener en cuenta el factor tiempo<sup>263</sup>. En cada partida el funcionario debe consignar el valor del ingreso indicado.

1) Mensuales: a) remuneración legal fija y sueldo del cónyuge, b) honorarios, c) alquileres, d) dividendos de acciones/inversiones, e) intereses cobrados, f) comisiones cobradas, y g) otros ingresos.

<sup>259</sup> GÓMEZ URSO, Juan Facundo. *Tipicidad penal*. Editor Fabián J. Di Plácido. Buenos Aires. Año 2005. pág. 69.

<sup>260</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 306; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario; ACALE SÁNCHEZ, María; NIETO MARTÍN, Adán; DEMETRIO CRESPO, Eduardo; PÉREZ CEPEDA, Ana. *Curso de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 216.

<sup>261</sup> LÓPEZ DÍAZ, Antonio; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Manuel. *Contabilidad financiera*. Editorial AC. Madrid. Año 1991. pág. 137.

<sup>262</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 208; LANDONI, Mariano. *Relevamiento de las normas y procedimientos de presentación de declaraciones juradas dentro de la administración pública*. op. cit. pág. 143.

<sup>263</sup> LÓPEZ DÍAZ, Antonio; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Manuel. *Contabilidad financiera*. op. cit. pág. 138.

2) Anuales (que no han sido consignados en los ingresos mensuales): a) alquileres, b) dividendos de acciones/inversiones, c) intereses cobrados, d) ingresos por ventas de bienes propios, e) comisiones cobradas, y f) otros ingresos.

Es importante destacar que la entidad de los ingresos que puede percibir un funcionario en la función pública paraguaya depende de su status jerárquico y de lo que establece el ordenamiento jurídico. La CNP limita al funcionario la posibilidad de percibir una sola remuneración legal, aunque en la realidad ejercite o sea titular de dos o más cargos públicos, a excepción de aquellas que provengan del ejercicio de la docencia<sup>264</sup>, excepción que habitualmente se encuentra contemplada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos foráneos. Sin embargo, tanto la carta fundamental como la LFPP no establecen ningún tipo de limitación en cuanto a las retribuciones que un funcionario podría recibir por el ejercicio actividades laborales realizadas como particular y fuera de la función pública, siempre y cuando estas actividades y su remuneración no sean incompatibles con el ejercicio del cargo. En este sentido, la LFPP prohíbe a los funcionarios: a) que intervengan directa o por interpósita persona en la obtención de concesiones del Estado o cualquier privilegio que importe beneficios, b) cualquier tipo de vinculación que signifique beneficios con personas físicas o jurídicas fiscalizadas por el organismo en que se encuentra prestando servicios, c) la obtención directa o indirecta de beneficios originados en contratos que formalice en su carácter de funcionario, d) la dirección, administración, asesoramiento, representación o prestación de servicios remunerados a personas físicas o jurídicas que gestionen o exploten concesiones de la administración en el orden estatal, departamental o municipal, o que fueran proveedores o contratistas de las mismas, e) el ejercicio de una industria o comercio relacionado con las actividades de la entidad del Estado en que presta servicio, sea personalmente o como socio o miembro de la dirección, administración o sindicatura de sociedades con fines de lucro, y f) la aceptación de comisiones o empleo de otros estados sin la autorización del Poder Ejecutivo. Las remuneraciones que hayan sido obtenidas en cualquiera de las circunstancias señaladas no podrán ser tenidas en cuenta ni valoradas como ingresos legales en la declaración jurada de bienes y rentas, puesto que la actividad generadora de la retribución está prohibida al declarante por expresa disposición de la ley.

Por último, cabe señalar que los únicos funcionarios que el ordenamiento jurídico paraguayo restringe el desempeño de cualquier clase de actividad laboral que le pueda retribuir ingresos económicos (salvo el percibido por el desempeño de su cargo) son el Presidente y Vicepresidente de la República, en virtud de lo dispuesto en el art. 237 de la CNP que expresa: “El presidente de la República y el Vicepresidente no pueden ejercer cargos públicos o privados, remunerados o no, mientras duren en sus funciones. Tampoco pueden ejercer el comercio, la industria o actividad profesional alguna, debiendo dedicarse en exclusividad a sus funciones”.

#### b) Egresos o gastos.

Lógicamente, no se puede llegar a conocer fehacientemente la capacidad económica de una persona con la suma total de sus ingresos durante un periodo de tiempo, siendo que la misma ha de realizar determinadas erogaciones para satisfacer sus propias necesidades vitales y las de su familia, tales como vivienda, alimentación, educación, etc; por lo que el saldo resultante de sus ingresos no puede ser considerada totalmente líquida. Los egresos o gastos son la contrapartida de los ingresos en el cuadro de resultados en la declaración jurada de bienes y rentas y constituyen disminuciones de los beneficios económicos producidos en un periodo de tiempo, en forma de salidas, depreciaciones o consumo<sup>265</sup>. También puede considerarse como un

<sup>264</sup> Art. 105 de la CNP: “Ninguna persona podrá percibir como funcionario o empleado público, más de un sueldo o remuneración simultáneamente, con excepción de los que provengan del ejercicio de la docencia”.

<sup>265</sup> LÓPEZ DÍAZ, Antonio; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Manuel. *Contabilidad financiera*. op. cit. pág. 177.

sacrificio que asume una persona en el proceso de obtención de bienes y servicios para el normal desarrollo de su personalidad, o bien como coste que debe destinar de sus ingresos para el pago de las obligaciones que ha asumido.

De la misma forma que en los ingresos, los egresos están divididos en mensuales y anuales, en cuyas partidas el funcionario debe consignar el motivo y el valor de cada egreso que incurra. Según la declaración jurada de bienes y rentas confeccionado por la CGR los egresos están clasificados de la siguiente manera:

1) Mensuales:

Primera categoría: a) gastos de casa propia, b) alquileres, c) expensas, d) servicios básicos (agua, luz, telefonía, alimentación, seguridad, combustibles), e) mantenimiento de vehículos, f) arrendamientos, g) actividades agrícolas, h) maquinarias, i) gastos en inmuebles, j) pago de tarjetas de crédito, y k) pago de cuotas de obligaciones asumidas (préstamos, hipotecas).

Segunda categoría: a) personal doméstico, b) seguros (médico, de vehículos e inmuebles/muebles), c) educación propia, cónyuge o hijos (escuela, colegio y universidad), d) otros cursos académicos (nacional e internacional), e) vestimenta y f) ocio.

2) Anuales: a) impuestos inmobiliarios, b) tasas y patentes, y c) gastos por viajes y/o vacaciones (nacional o extranjero).

La determinación del promedio de los egresos consignados por el funcionario público en su declaración jurada de bienes y rentas, y confirmados con la practica de diligencias informativas a las distintas instituciones públicas y privadas del sistema financiero (también se podrían constatar con estas diligencias gastos no declarados por el funcionario público), consiste un acto investigativo de suma importancia para demostrar el “plan de inversiones” y el “nivel o tren de vida” del declarante, y si los mismos se corresponden con el nivel de ingresos registrados durante su desempeño en la función pública<sup>266</sup>.

### 7.3.3.2. El método para determinar la ilicitud del enriquecimiento.

El tipo penal de enriquecimiento ilícito establece que todo incremento del patrimonio de un funcionario o la disminución del pasivo que lo agrava, será considerado ilícito cuando el valor de los bienes adquiridos o el valor de las deudas u obligaciones canceladas sobrepasen sus legítimas posibilidades económicas. Esto quiere decir que la esencia de la ilicitud versa en la existencia de una desproporción apreciable entre el volumen del enriquecimiento patrimonial registrado al funcionario público y la capacidad económica que posee durante el ejercicio de sus funciones públicas, por lo que a contrario sensu, el enriquecimiento será considerado normal si se corresponde razonablemente con las posibilidades económicas emergentes de sus ingresos legales conocidos<sup>267</sup> u otras fuentes lícitas demostradas fehacientemente. Es en esa desproporción donde radica la ilicitud del enriquecimiento.

Los comportamientos incriminados y el modelo de prohibición descritos en el tipo penal en estudio encuentran su base y fundamento en el acto de corrupción de enriquecimiento ilícito definido en el art. IX de la CICC y en el art. 20 de la CNUCC, los cuales califican de penalmente relevante el excesivo incremento del patrimonio de un funcionario público con respecto a sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones.

<sup>266</sup> Vid, Jurisprudencia: *Alsogaray, María Julia y otros s/ Presunto Enriquecimiento Ilícito*. TOCF N° 4, 31/5/2004, en: Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. op. cit. pág. 195.

<sup>267</sup> BIELSA, Rafael. *La función pública*. op. cit. pág. 216 “El enriquecimiento ilícito se presume no solamente por la adquisición de bienes, sino también en la extinción de deudas cuando para lo uno y lo otro no bastarían los recursos pecuniarios o lícitamente adquiridos por el sueldo o retribución”.

En el proceso intelectual de conocimiento sobre la desvaloración del enriquecimiento patrimonial del funcionario público son fundamentales el análisis del informe de correspondencia realizado a la declaración jurada de bienes y rentas por el ente administrativo facultado para ello, y también el resultado de la prueba pericial-contable que se lleve a cabo al patrimonio en cuestión en sede judicial (es decir, durante el proceso penal)<sup>268</sup>, con los cuales el juez deberá formular su convicción acerca de la licitud o ilicitud del enriquecimiento. El art. 214 del CprocPPyo faculta al juez la realización de la prueba pericial: “se podrá ordenar una pericia cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica. La prueba pericial deberá ser practicada por expertos imparciales, objetivos e independientes”. Si bien la prueba pericial no vincula en absoluto al juzgador ya que éste tiene total libertad de valoración de las pruebas ofrecidas de acuerdo al principio de la sana crítica (art. 175 del CprocPPyo), puede afirmarse que en todo proceso penal que juzga la supuesta comisión de un delito de enriquecimiento ilícito es necesario recurrir a los conocimientos especiales del experto contable para precisar la existencia o inexistencia de este delito<sup>269</sup>. Al respecto, existen fallos de tribunales paraguayos que han afirmado que el conocimiento de la capacidad económica del funcionario público constituye una cuestión de naturaleza eminentemente técnico-contable, en la cual la labor pericial es de vital importancia para la solución de los casos de enriquecimiento ilícito<sup>270</sup>.

Para CAFFERATA NORES la pericia es el medio probatorio con el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba. En ciertos casos se impone la intervención en el proceso de una persona que sepa lo que el juez no sabe: es el perito, sujeto al cual el magistrado debe ineludiblemente recurrir cuando ha verificado que para descubrir o valorar un elemento de prueba son necesarios determinados conocimientos propios de una cultura profesional especializada<sup>271</sup>. Para el perito es importante la obtención de evidencia suficiente para poder emitir su correspondiente dictamen, evidencia que viene dada por todos aquellos hechos susceptibles de ser probados por el perito en relación a los estados financieros y registros contables del funcionario público, los que le darán una base de juicio razonable para expresar una opinión respecto de ellos<sup>272</sup>.

<sup>268</sup> En caso de que el examen de correspondencia informe la existencia de una posible desproporción entre las inversiones y los ingresos legales de un funcionario público, ésta no debe tomarse como único elemento de convicción para la acreditación de un enriquecimiento ilícito, sino más bien como un indicio que debe ser acompañado en sede judicial por la producción de otras pruebas, especialmente la pericia contable que ofrece un análisis más amplio y contradictorio entre las partes sobre la situación económica-financiera del patrimonio del funcionario público, y que además incluye el estudio de posibles bienes descubiertos a través de las diligencias realizadas en el periodo investigativo judicial que no hayan sido consignados en la declaración jurada de bienes y rentas. En este sentido, ARIAS DE SALTARÍN señala que a primera vista, parece indicar que la investigación de auditoría realizada por la Contraloría General está dirigida a proporcionar datos que permitan determinar responsabilidades administrativa o patrimonial. Como quiera que este examen interesa al proceso penal, debe advertirse que el objeto en referencia ofrece el carácter de parcialidad, pues, un examen de auditoría no debe estar conducido para que se determine una responsabilidad, sino que debe tener como objetivo la recopilación de todos los datos, evidencias o documentación relacionada con una actividad u operación irregular que demuestre si existe o no dicha irregularidad, en qué consiste, cómo o porqué se pudo generar (ARIAS DE SALTARÍN, Lourdes. *Eficacia probatoria del informe de auditoría en el proceso penal*. Editorial Ibañez. Bogotá. Año 2010. pág. 114).

<sup>269</sup> En este sentido, manifiesta BALAGUÉ DOMÉNECH que aún cuando la tipología delictiva es muy amplia, puede darse la necesidad o conveniencia de realizar la prueba pericial contable en un grupo muy concreto de delitos en los que adquiere especial idoneidad para esclarecerlos. Estos son los denominados delitos de enriquecimiento, y se trata del enriquecimiento injusto a costa del patrimonio ajeno, como son la apropiación indebida, el hurto y las defraudaciones (BALAGUÉ DOMÉNECH, José. *La prueba pericial contable en las jurisdicciones civil y penal*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1989. pág. 54).

<sup>270</sup> AyS N° 51 de fecha 31 de agosto de 2009, emanado del TAC 4ª Sala.

<sup>271</sup> CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. 5ª Edición. Editorial Lexis Nexis- Depalma. Buenos Aires. Año 2003. págs. 55-56.

<sup>272</sup> BALAGUÉ DOMÉNECH, José. *La prueba pericial contable en las jurisdicciones civil y penal*. op. cit. pág. 99.

Los tribunales latinoamericanos en sus fallos emitidos en cuanto al delito de enriquecimiento ilícito señalan un procedimiento para la prueba pericial que podría decirse común, que en la práctica consiste en dos partes.

En la primera parte, la pericia tiene por objeto la acreditación de un posible enriquecimiento patrimonial para lo cual se deberá comparar el patrimonio neto con que contaba el funcionario público al momento de la asunción del cargo público y el patrimonio neto que tiene al cesar sus funciones o durante el ejercicio de sus funciones pública, a los efectos de conocer los bienes que ha incorporado a su peculio personal en ese periodo de tiempo, todo esto, mediante los datos que ha consignado en sus respectivas declaraciones juradas de bienes y rentas, y eventualmente los informes proporcionados por las instituciones públicas y privadas en caso de existir bienes que no fueran declarados en dicho documento. De constatarse la adquisición de bienes en propiedad, posesión o usufructos durante el ejercicio de su cargo público, corresponde la evaluación económica de cada uno de ellos, los que sumados darán a conocer la entidad y el valor total del incremento patrimonial del funcionario público. Asimismo, se debe proceder a identificar si el funcionario ha cancelado deudas u obligaciones durante el ejercicio de sus funciones públicas que hayan disminuido el pasivo de su patrimonio, y si fuera este el caso, el valor de las mismas deben ser cuantificadas.

En la segunda parte, la pericia analiza la situación económica-financiera que le proporciona al funcionario público los ingresos legales que percibe durante el periodo de tiempo que ejerce su cargo público. La determinación de la situación económica se calcula a través de la suma de los ingresos mensuales que ha recibido por parte de la función pública en concepto de remuneración legal y cualquier otro ingreso mensual o anual derivado de otras actividades lícitas compatibles con el cargo público. Además se debe adherir las remuneraciones de su cónyuge o conviviente a tenor de lo dispuesto en la última parte del art. 3.1º, inc. a) de la Ley N° 2523/04, dado que todo ingreso y egreso experimentado por cualquiera de los ellos es considerado como de ambos consortes si han celebrado matrimonio bajo el régimen de comunidad de gananciales<sup>273</sup>. En caso de que los consortes hayan celebrado matrimonio bajo otro régimen económico matrimonial (por ejemplo, separación de bienes), es necesaria la realización de una pericia a cada cónyuge por separado. A esta valoración se le debe restar la suma de los egresos mensuales que incurre el declarante en la satisfacción de sus propias necesidades básicas y familiares, los pagos parciales de deudas asumidas, y como también aquellas erogaciones anuales destinadas al ocio (vacaciones) y las tendientes a mantener o mejorar el valor de los bienes que posee (impuestos y mejoras).

El saldo resultante entre la comparación de los ingresos y egresos demuestra la situación económica neta o capacidad económica del funcionario público durante su desempeño en la función pública, tanto en un momento determinado (por ejemplo, un año si ese fue el periodo que ostentó la calidad de funcionario público), como en su evolución a través del tiempo (por la comparación de los ingresos netos derivados de diferentes periodos si el funcionario ejerce el cargo público por varios años). Esa capacidad económica estimada y proporcionada por la pericia contable viene a constituir el presupuesto valorativo «legítima posibilidad económica» previsto en el tipo penal de enriquecimiento ilícito, y es el dato en que se basará el perito para concluir en su dictamen si la entidad económica registrada del funcionario público permite razonablemente solventar el valor de los bienes que ha adquirido o el de las deudas u obligaciones que ha cancelado. A través de esta conclusión técnico-contable el juez formará su convicción en cuanto a la certeza positiva, duda o certeza negativa sobre la hipótesis delictiva<sup>274</sup>,

---

<sup>273</sup> Este criterio es asumido en la SDTS N° 39 de fecha 4 de diciembre de 2006.

<sup>274</sup> Sobre los estados de conocimiento con los cuales el juez forma su convicción acerca del acontecimiento objeto del proceso, Vid: CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. op. cit. págs. 6-9.

es decir, si el funcionario ha enriquecido desproporcionadamente su patrimonio con respecto a sus legítimas posibilidades económicas.

El esquema que se acaba de exponer se denomina “método de evolución del patrimonio neto”, que es uno de los que se puede utilizar para apreciar la desproporción o diferencia entre los ingresos del funcionario público y los gastos que ha realizado para la obtención de bienes o la cancelación de sus obligaciones. Aparte de éste, existen otros métodos similares que son idóneos para acreditar el enriquecimiento ilícito, los cuales están contemplados en el Reglamento para la elaboración de dictámenes de correspondencia de la CGR.

1) Método Ingreso-Egreso: De los egresos conocidos se restan los ingresos de fuente conocida y si los egresos son mayores que los ingresos, entonces se obtienen los ingresos de fuentes desconocidas. Los egresos conocidos son todos los valores erogados para el pago de deudas reportadas por las diferentes entidades financieras, las de alimentación, entretenimiento, vestimenta, educación, consumo de tarjetas de crédito. Asimismo, los valores erogados para el pago de préstamos, compra de vehículos, compra de inmuebles y otros gastos que se tengan conocimiento. Por otro lado, los ingresos de fuentes conocidas son los valores percibidos por el desempeño de las funciones y otros de los cuales la auditoría ha podido comprobar su legalidad.

2) Método de Cuentas Bancarias: Retiros de depósitos conocidos menos los depósitos provenientes de ingresos conocidos, se obtiene como resultado los depósitos de fuentes desconocidas; tanto en los depósitos como en los retiros se excluyen las transferencias.

3) Método de Comparación de Gastos: Consiste en comparar el dinero gastado con el origen conocido de ingresos. Se deben calcular todas las erogaciones, sus depósitos y lo ocultado que tuvo el declarante en un periodo de tiempo determinado y luego comparar con los montos de fondos disponibles para cada año o ejercicio a ser verificado. Este método es aplicable cuando el sujeto gastó la mayor parte de su dinero en bienes de consumo y no cuenta con registros contables o no están disponibles, o son inadecuados o los retiene.

Por último, aún cabría preguntarse qué medida de tiempo debe tomarse en cuenta para estimar la capacidad económica (un determinado periodo de sospecha o todo el periodo laboral del funcionario público), en atención a que la realidad nos enseña que existen funcionarios que prestan servicios por largos periodos de tiempo. Por ello, resulta necesario distinguir el ámbito temporal determinado en el tipo durante el cual un funcionario puede ser penalmente responsable por enriquecimiento ilícito, del periodo investigativo que posee el titular de acción pública para determinar las discrepancias existentes entre el enriquecimiento del funcionario y sus ingresos legítimos conocidos.

La elección de un apropiado periodo de investigación sobre el patrimonio del funcionario es fundamental por dos razones. En primer lugar, en muchos países determinados sujetos, corporaciones y entidades financieras no se encuentran obligados a conservar sus documentos, facturas y registros financieros indefinidamente. Por lo tanto, cuanto más largo sea el periodo de investigación, mayor será el riesgo de que los documentos sobre la titularidad de los bienes y los gastos del sujeto investigado cambien de manos, desaparezcan o sean destruidos. En segundo lugar, y como consecuencia de lo mencionado, si el periodo de examinación es tan extenso podría hacer retroceder a la pericia contable sobre el patrimonio del funcionario a periodos tan lejanos con el consecuente efecto negativo sobre las partes procesales, ya que el ministerio público tendría dificultades para encontrar documentos respaldatorios que puedan certificar determinadas transacciones y fuentes de ingresos, y el imputado tendría dificultades para presentar pruebas de descargo<sup>275</sup>. En respuestas a estas dificultades, los tribunales paraguayos

<sup>275</sup> MUZILA, Lindy; MORALES, Michelle; MATHIAS, Marianne; BERGER, Tammar. *On the take. Criminalizing illicit enrichment to fight corruption*. op. cit. pág. 17.

han adoptado una postura consensuada que puede observarse en la SDTS N° 392 de fecha 5 de diciembre de 2008, la cual refiere que el periodo de investigación a ser tenido en cuenta para verificar si los ingresos del funcionario público son suficientes para soportar sus egresos es el correspondiente al plazo de prescripción del delito juzgado, que en el caso del delito de enriquecimiento ilícito es de diez años, el cual deberá computarse retroactivamente desde el acta de imputación<sup>276</sup>.

### 7.3.3.3. La entidad del enriquecimiento.

Observando el delito de enriquecimiento ilícito puede apreciarse que el legislador no ha introducido al tipo ningún parámetro normativo que ayude al intérprete a establecer cuando la desproporción entre el incremento patrimonial del funcionario y sus legítimas posibilidades económicas tiene la magnitud suficiente para ser considerado penalmente relevante. Esta peculiaridad que presenta la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04 lo hace notablemente diferente en comparación a otras figuras de enriquecimiento ilícito previstas en las legislaciones penales latinoamericanas que incluyen en sus respectivas estructuras típicas los términos “apreciable”, “excesivo” o “notoriamente superior” como elementos normativos que califican al enriquecimiento<sup>277</sup>.

La ausencia de un criterio cuantitativo llama la atención debido a que la reforma penal producida en la legislación penal paraguaya en relación al delito de enriquecimiento ilícito ha sido impulsada a medida de las exigencias promovidas en las CICC y CNUCC, y en ese sentido, ambos convenios han incluido en el acto de corrupción de enriquecimiento ilícito un elemento normativo que alude a la entidad o magnitud del incremento enunciado por la expresión “con significativo exceso”. De esta manera, todo país que se encuentre obligado por estos convenios debe introducir este criterio de apreciabilidad en sus respectivos delitos de enriquecimiento ilícito, siempre y cuando no contravenga ningún principio constitucional. No obstante, y a pesar esta omisión, los tribunales paraguayos han admitido en sus fallos que implícitamente el tipo penal de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04 exige una determinada magnitud en la desproporción patrimonial del funcionario para que resulte significativo para el Derecho penal, lo cual se desprende de la SDTS N° 39 de fecha 4 de diciembre de 2006, en la que se define al delito de enriquecimiento ilícito como la no justificación de un enriquecimiento patrimonial sustancial y apreciable, constatado luego de la asunción de un cargo público.

La exigencia de una determinada magnitud en el enriquecimiento adquiere otra importante función en la interpretación del tipo, pues permite apreciar la atipicidad de los incrementos mínimos o de poca entidad desde la perspectiva de los ingresos legítimos del funcionario público<sup>278</sup>. En efecto, al ser un elemento taxativo o implícito del tipo penal (de acuerdo a cada legislación penal), su ausencia o falta de apreciabilidad impide hablar de un

<sup>276</sup> La causa judicial juzgada tuvo su comienzo a través del acta de imputación de fecha 1 de noviembre de 2006 por el delito de enriquecimiento ilícito, en contra de un funcionario público que ostentaba el cargo de coronel del ejército paraguayo. En cuanto al periodo de análisis tanto del patrimonio como de la capacidad económica del funcionario público, el tribunal de sentencia sostuvo: “el periodo que debe considerarse para verificar si sus ingresos eran suficientes para soportar sus egresos, es decir, si su movimiento de caja quedaba compensado y no al descubierto, es el de diez años para atrás desde la fecha de imputación que es el 1° de noviembre de 2006”.

<sup>277</sup> Dentro del panorama latinoamericano el Paraguay no es el único país que no incluye en el delito de enriquecimiento ilícito un criterio cuantitativo como elemento objetivo del tipo penal, sumándose a esta decisión de técnica legislativa Chile, Perú y México, entre otros. En este sentido, VIDALES RODRÍGUEZ objeta la técnica legislativa que no establece algún elemento normativo acerca de la cuantía que debe alcanzar el enriquecimiento para ser penalmente relevante, puesto que puede dar pie a que se impongan sanciones penales ante cualquier aumento del patrimonio, por mínimo que éste sea, recordando que es precisamente en este tipo de delincuencia donde el principio de insignificancia, derivada del principio de proporcionalidad o de intervención mínima, cobra especial importancia (VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 56).

<sup>278</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 209.



delito que se deba se puesto a conocimiento de la justicia<sup>279</sup>. En ese sentido, afirma DONNA que un enriquecimiento que no asume esta categoría no abre paso a la subsunción típica de la conducta, considerándose correcto absolver al procesado si, aún resultando sospechoso el crecimiento de su patrimonio, este aumento no puede considerarse apreciable<sup>280</sup>. Sin embargo, este criterio no está exento de críticas. VIDALES RODRIGUEZ argumenta que, desde la necesaria conexión que debe haber entre la conducta típica y el bien jurídico, resulta difícil justificar por qué, de ser éste el correcto funcionamiento de la función pública, el castigo debe estar condicionado por la mayor o menor entidad del enriquecimiento patrimonial experimentado por el funcionario, si en los delitos de funcionario público el daño para tal interés viene provocado por el torcido ejercicio de la función pública, y en consecuencia, la graduación de la pena o su propia existencia debería depender de la entidad de la lesión que se produzca y no de otros factores<sup>281</sup>.

Así pues, si la conducta del funcionario queda subsumida en el marco del tipo penal pero no se evidencia una desproporción excesiva entre el incremento de su patrimonio y sus ingresos legítimos, su conducta carecerá de relevancia penal por su insignificancia, hasta incluso se podría considerar un comportamiento socialmente adecuado<sup>282</sup>, lo que excluiría su tipicidad porque no perjudica materialmente al bien jurídico. Este razonamiento obtiene sustento en las palabras de RUSCONI: “el principio de insignificancia en la construcción del injusto penal, pretende excluir de esa condición los casos en que, ya en una interpretación razonable del tipo, no se sobrepasa el umbral de lo relevante en una reflexión meramente cuantitativa. Así, toda conducta prohibida lleva como presupuesto una desventaja no despreciable para el bien jurídico. La conducta que no pasa ese dato no debe ser considerada típica”<sup>283</sup>.

Ahora bien, qué directrices aporta la doctrina para determinar la apreciabilidad o magnitud de la desproporción en la cual descansa la ilicitud del enriquecimiento. ZARAZO OVIEDO dice que cuando se habla de incremento, hay que entender que éste debe ser exagerado, es decir, no aquel derivado del rendimiento normal de los bienes del sujeto agente. No cualquier incremento sería suficiente para iniciar la acción penal o para la concreción del tipo. Este debe ser desmesurado, desproporcionado. La cuantía del incremento es factor esencial para la integración del tipo<sup>284</sup>. CREUS sostiene que el enriquecimiento es apreciable cuando resulte considerable con relación a la situación económica del agente en el momento de asumir el cargo y que no esté de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquella durante el tiempo de desempeño de la función<sup>285</sup>. Al respecto, manifiesta DONNA que la magnitud del enriquecimiento debe ser apreciable, que en otras palabras significa suficientemente grande, cuantioso o importante. Según este autor, el término apreciable ha sido interpretado como algo desproporcionado, es decir, sin correspondencia entre lo que se tenía, lo que se tiene y lo que el sujeto razonablemente no pudo tener, pero a pesar de ello tiene<sup>286</sup>. TODARELLO señala que lo

<sup>279</sup> HONISCH, Paula; HEGGLIN, M. Florencia. *La etapa prejudicial del delito de enriquecimiento ilícito*, en: Bruzzone, Gustavo; Gullco, Hernán (Coordinadores): *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. pág. 67.

<sup>280</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal. Parte especial*. op. cit. pág. 399.

<sup>281</sup> VIDALES RODRÍGUEZ, Katy. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. idém. pág. Esta es una de las importantes objeciones que la doctrina ha dirigido a esta figura penal, a la cual nos referiremos más adelante. Sobre ello, Vid: Capítulo VIII, apartado 2.2.

<sup>282</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 294 “El punto de partida de un juicio crítico ha de ser que el principio de la adecuación social supone una importante perspectiva para la teoría del tipo: la idea de que una conducta aprobada, no ya excepcionalmente en el caso concreto, sino de antemano y de modo general no puede encarnar ninguna clase de delito y de injusto y por tanto tampoco puede ser nunca típica”.

<sup>283</sup> RUSCONI, Maximiliano. *Los límites del tipo penal. Un análisis de la tipicidad conglobante*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 1992. pág. 77.

<sup>284</sup> ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. *El enriquecimiento ilícito. Aspectos jurídico-procesales*. op. cit. pág. 61.

<sup>285</sup> CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte especial*. op. cit. pág. 324.

<sup>286</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal. Parte especial*. op. cit. idem pág.

que confiere carácter de ilicitud es su absoluta desproporción con las posibilidades legítimas de enriquecimiento del agente.

Como se deduce, estas definiciones no nos ofrecen una base o criterio suficiente para determinar si ha habido o no un enriquecimiento apreciable. De hecho, CANCINO y TOSCANO DE SÁNCHEZ afirman que el calificativo “apreciable” utilizado por ciertos tipos penales complica la operación de adecuación típica porque el concepto en si es demasiado relativo. Según el criterio de estos autores lo que realmente importa es que se produzca el incremento patrimonial sin que para ello sea necesario que el empleado oficial se convierta en un millonario, bastando que su patrimonio se acreciente cualquiera sea la proporción<sup>287</sup>. La jurisprudencia colombiana sigue este criterio señalando que de acuerdo a la legislación penal el tipo de enriquecimiento ilícito se configura por el incremento patrimonial no justificado del servidor público, independientemente de su cuantía, que viene a incidir ya en el aspecto punitivo en cuanto a su mayor o menor gravedad<sup>288</sup>.

Ante la falta de precisión sobre la magnitud de la desproporción que debe existir entre el incremento del patrimonio y los ingresos legales, se ha reconocido que la apreciación de este elemento está en manos de la decisión discrecional de los jueces<sup>289</sup>, lo que podría ocasionar situaciones de inseguridad jurídica al dejar el valor de la desproporción a su libre arbitrio<sup>290</sup>. De ahí que HONISCH y HEGGLIN sostengan que al Derecho penal no le interesa cualquier incremento patrimonial de un funcionario público, sino sólo aquel incremento que, a la vista de quien deba decidir, ya sea como órgano de decisión final o como órgano encargado de detectar e investigar el incremento, resulte apreciable<sup>291</sup>.

Según nuestra opinión, la legislación paraguaya cuenta con un criterio cuantitativo eficaz y razonable que podría ser utilizado por los jueces para establecer el quantum que delimite el enriquecimiento desproporcionado penalmente relevante de aquello insignificante o socialmente adecuado. Este criterio se encuentra previsto en el Reglamento para la elaboración de dictámenes de correspondencia de la CGR y se apoya en la capacidad de endeudamiento de una persona aplicada por las entidades financieras locales del Paraguay. Así, habrá indicio de enriquecimiento ilícito cuando el incremento patrimonial del funcionario público supere el 35%

<sup>287</sup> CANCINO, Antonio José; TOSCANO DE SÁNCHEZ, Maruja. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. págs. 29 y 30.

<sup>288</sup> Vid: Sentencia de fecha 16 de octubre de 1996 de la Sala de Casación Penal de la CSJ de Colombia. Proceso N°8957.

<sup>289</sup> Esta misma situación se da en otras legislaciones. Por ejemplo podemos citar el Art. 285 del CPE (reformado por la LO 15/2003 de 25 de noviembre) que establece para la aplicación de la modalidad agravante que el beneficio obtenido por el sujeto activo sea de “notoria importancia”, circunstancia que debe ser valorada por el juez en cada caso a partir del monto de 600.000 euros que el legislador ha previsto en el tipo básico como distintivo de lo injusto penal respecto del ilícito administrativo. Al respecto, Vid: QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *Un concreto aspecto del llamado Derecho penal económico: los delitos bursátiles*. Editorial Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas. Madrid. Año 2006. pág. 74.

<sup>290</sup> En la India, la jurisprudencia ha establecido que existe un enriquecimiento excesivo cuando la desproporción entre el incremento patrimonial del funcionario y sus ingresos alcanza el diez por ciento (10%). En el caso *Krishnanand v. The State of Madhya Pradesh* de fecha 17 de diciembre de 1976, la CSJ de India ha declarado en su sentencia lo siguiente: “Se observa que el apelante poseía ingresos por valor de 44.383, 59 rupias durante el periodo en cuestión, y por otra parte poseía bienes valorados en 55.732, 25 rupias. Si bien los activos poseídos por el recurrente eran superiores a sus ingresos permitidos, pero dado que dicho exceso es relativamente pequeño —es inferior al diez por ciento del total de los ingresos—, no creemos correcto sostener que los bienes que se encuentran en posesión del recurrente fuesen desproporcionados con relación a sus fuentes de ingresos conocidos como para justificar la presunción establecida en la Sub-sección (3) de la Sección 5. Somos de la opinión de que, en los hechos del presente caso, el tribunal de alzada como así también el juez especial incurrieron en error sobre la presunción contenida en la Sub-sección (3) de la Sección 5 y la condena del recurrente sobre tal razonamiento”.

<sup>291</sup> HONISCH, Paula; HEGGLIN, M. Florencia. *La etapa prejudicial del delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 82.

del total de sus ingresos legales que constituye el margen residual aplicado por las entidades financieras para el análisis de la capacidad de endeudamiento de un sujeto, que parte del razonamiento que de sus recursos legítimamente obtenidos, un promedio del 65% es utilizado como margen mínimo de subsistencia o manutención, y el 35% disponible constituye el valor económico que tiene el sujeto para justificar el aumento de su patrimonio<sup>292</sup>. Este modelo de valoración no debe tomarse en modo absoluto siendo una guía o criterio de valoración a ser considerado por los jueces a la hora de resolver sus casos de enriquecimiento ilícito.

También se ha propuesto como método de solución al problema planteado la instauración de *lege ferenda* de una suma fija que delimite lo penalmente relevante, tal como el legislador español ha hecho con el delito contra la hacienda pública previsto en el art.305 del CPE. Sin embargo, esta solución no sería del todo eficaz en razón a la muy dispar situación económica que posee cada funcionario dentro de la función pública. Para CARO CORIA esto no ocurriría si se considera delito el incremento equivalente a tanta veces el sueldo del funcionario público o los bienes declarados cuando exista esa obligación. Con este criterio se tendría un estándar que valoraría la concreta situación económica de cada funcionario público, pero se plantearía el problema respecto a si el dolo debe abarcar el conocimiento de que el incremento supera ese límite determinable o si el traspaso de dicho margen es sólo una condición objetiva de punibilidad<sup>293</sup>.

En definitiva, se considera ilícito todo enriquecimiento patrimonial experimentado por un funcionario público durante el ejercicio de sus funciones que sobrepasa sus legítimas posibilidades económicas, circunstancia que se presenta de acuerdo con el análisis que hemos realizado al tipo penal, cuando entre el incremento patrimonial o disminución del pasivo existe una excesiva desproporción con relación a sus ingresos legítimos; desproporción que podría cuantificarse eficazmente con el criterio ofrecido por la legislación paraguaya atendiendo en cada caso la situación económica particular de cada funcionario público. Según la interpretación del tipo analizado, cuando la desproporción aludida supera una determinada graduación –fijado por el juez– supone que la conducta del funcionario público causante del enriquecimiento genera un riesgo no permitido que quebranta el deber de transparencia que debe primar en el ejercicio de las funciones públicas, lo cual produce una afectación al bien jurídico tutelado. El enriquecimiento así entendido deja de ser considerado un mero interés privado para convertirse a los ojos del legislador en un acto ilícito que entra en conflicto con otros de carácter general-social (función pública)<sup>294</sup>.

#### **7.3.4. La no justificación del enriquecimiento patrimonial considerado ilícito.**

Como hemos visto, el art. IX de la CICC y el art. 20 de la CNUCC definen al acto de corrupción de enriquecimiento ilícito como el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones, pero en la última parte agregan “y que no pueda ser razonablemente justificado por él”. La no justificación del enriquecimiento como parte de la estructura del citado acto de corrupción es la que más discusiones y reticencias ha provocado entre los expertos y representantes de los Estados participantes a la hora de considerar al enriquecimiento ilícito

<sup>292</sup> Reglamento para la Elaboración de Dictámenes de Correspondencia. op. cit. pág. 4.

<sup>293</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 210.

<sup>294</sup> SILVA MERELO, Valentín. *Ilícitud civil y penal*. op. cit. pág. 11 “Las razones por las cuales el Derecho penal sanciona hechos dolosos o culposos de carácter privado, puede tener su fundamento en múltiples causas, como la insuficiencia de las posibilidades del Derecho privado, la importancia del bien jurídico lesionado, la transcendencia y relevancia de los hechos, la frecuencia con que se perpetran, la aparición de nuevas modalidades y modos de actuación, debidos al desenvolvimiento de la sociedad moderna, y otras menos importantes. En suma, la incriminación sobreviene cuando el órgano legislativo se persuade de que, aparte de un interés privado, surgen otros de carácter social específico que es preciso tutelar”.

como delito en ambos convenios internacionales, dado que dicho elemento objetivo estaría en contradicción con garantías de carácter constitucional, hasta el punto que su aprobación estuvo condicionada a que se incluyera una cláusula de salvaguarda que faculte a todo país signatario a tipificarlo en su respectiva legislación penal siempre y cuando se encuentre de acuerdo a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico.

Cuestión semejante se ha producido en el ámbito dogmático donde ha surgido la interrogante acerca de cómo hay que interpretar la no justificación del enriquecimiento en la estructura del tipo, controversia que ha dividido a la doctrina latinoamericana en dos bloques distintos: aquellos que piensan que el enriquecimiento ilícito es un delito de omisión que se consuma con la no justificación del funcionario público acerca del incremento económico sufrido por su patrimonio, y aquellos que piensan que la acción típica constituye el comportamiento que genera el enriquecimiento con sus circunstancias o presupuestos de ilicitud, siendo la justificación una condición objetiva de punibilidad<sup>295</sup>.

#### 7.3.4.1. El enriquecimiento ilícito y su consideración como delito de omisión.

Argentina es el país en que parte de la doctrina ha sugerido que la acción típica resulta ser la omisión del funcionario de justificar la procedencia del enriquecimiento considerable de su patrimonio producido con posterioridad a la asunción del cargo público. Según SOLER el tipo consiste en no justificar la procedencia de un cambio patrimonial que significa enriquecimiento<sup>296</sup>. BUOMPADRE señala que la acción típica consiste en no justificar la procedencia del enriquecimiento apreciable, producido después de la asunción del agente en un cargo público<sup>297</sup>. DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO consideran que nos encontramos ante un delito de omisión (en cuanto al enriquecimiento ilícito) y sostienen que el centro de imputación a nivel de la tipicidad está constituido por colocarse en una situación de imposibilidad de justificación, cuando el origen es ilícito, o en el no querer justificar pudiendo hacerlo cuando el origen es lícito<sup>298</sup>.

Por su parte, manifiesta CREUS que el enriquecimiento ilícito supone un delito de omisión que se consuma cuando, vencidos los plazos fijados para contestar al requerimiento o, en su defecto, transcurridos los plazos procesales pertinentes para ejercer el derecho de defensa, el agente no justifica o justifica insuficientemente la procedencia extrafuncional de su enriquecimiento. Cuando la ley habla de no justificar, el significado complejo del término alude a la falta de acreditación de la procedencia del enriquecimiento, ya provenga de una negativa expresa o implícita, ya de lo insuficiente de la prueba de esa procedencia<sup>299</sup>.

En algunos fallos de la justicia argentina ha sido adoptado este planteamiento dogmático. En los autos “Guglieminetti, Raúl” s/ enriquecimiento ilícito (siguiendo la misma postura asentada en la causa “Vallone, José A.” s/ enriquecimiento ilícito<sup>300</sup>) se ha afirmado que el delito de enriquecimiento ilícito no persigue la acción de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, con lo cual la ley no consagra una presunción, sino impone un deber y sanciona su incumplimiento, por lo que la figura no estaría en pugna con disposición

<sup>295</sup> A estas dos tesis clásicas Ricardo Núñez agrega una intermedia según la cual el tipo penal sería complejo, integrado tanto por la conducta que conduce al enriquecimiento como por la omisión posterior (SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. pág. 100).

<sup>296</sup> SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Tomo V. Editorial TEA. Buenos Aires. Año 1976. pág. 206.

<sup>297</sup> BUOMPADRE, Jorge. *Delitos contra la administración pública*. op. cit. idem pag.

<sup>298</sup> DE LUCA, Javier; LÓPEZ CASARIEGO, Julio. *Enriquecimiento ilícito y constitución nacional*. op. cit. pág.15.

<sup>299</sup> CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte especial*. op. cit. pág. 323.

<sup>300</sup> Sentencia de fecha 11 de junio de 1998 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Sala I (Argentina).

constitucional alguna<sup>301</sup>. Puede notarse que el núcleo del delito desde la perspectiva omisiva radica en la violación de un deber expreso en el tipo derivado de la función pública que es asumido por el funcionario al acceder a un cargo público, y que queda al descubierto cuando incumple en explicar la procedencia de su enriquecimiento. Así lo entiende CREUS cuando afirma que aunque exista la posibilidad de un enriquecimiento perfectamente lícito por parte del funcionario público, pero si éste se niega a probar que lo es, igualmente podría ser considerado este comportamiento típico a los efectos del delito de enriquecimiento ilícito<sup>302</sup>. Esta postura surge de SOLER quien no creía desmedido, irregular o excesivamente severo imponer a los funcionarios un deber semejante al que recae sobre un administrador común, al cual se le exige, bajo amenaza penal, una rendición de cuentas con la cuidadosa separación de los bienes del administrado. Para este autor, la asunción de un cargo público comporta un deber semejante, un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial, hasta el punto que afirmaba que quien sentía esa obligación demasiado pesada o incómoda, debía apartarse de la función pública<sup>303</sup>.

En México comparten esta postura QUINTANAR DÍEZ y BARBA ÁLVAREZ, quienes opinan que la conducta típica consiste que el funcionario no pueda acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño<sup>304</sup>.

Desde nuestro punto de vista, la postura que admite que la conducta incriminada en el delito de enriquecimiento ilícito es la omisión de justificar la procedencia de un enriquecimiento considerable debe ser rechazada por lo siguientes argumentos.

En primer lugar, el injusto del delito en estudio no puede descansar exclusivamente en la no justificación de un enriquecimiento patrimonial, en atención a que esta omisión no evita la lesión del bien jurídico, ni mucho menos se lesiona con ella dicho interés tutelado<sup>305</sup>. Lo que el legislador pretende evitar a través de la pena establecida en el delito de enriquecimiento ilícito es que los funcionarios públicos enriquezcan considerablemente sus patrimonios fuera de las posibilidades económicas que les permiten sus ingresos legítimos, es decir, los provenientes del ejercicio de su cargo público y de aquellas de otras fuentes lícitas debidamente comprobadas. Bien dice SANCINETTI que es difícil aceptar que la estructura típica pueda consistir en un comportamiento omisivo, dado que no es con la no justificación del enriquecimiento que el funcionario se enriquece o realiza una conducta anormal prevaleciéndose de su cargo<sup>306</sup>. Por ello, el injusto y la culpabilidad relativos a este delito no pueden girar entorno a una supuesta conducta contraria a la ordenada, ya que no puede considerarse un comportamiento riesgoso para el bien jurídico pues ni aumenta ni disminuye su afectación.

Este razonamiento desacreditaría la interpretación hecha por CREUS de que si un funcionario público ha incrementado su patrimonio de manera lícita, pero reusa probar tal extremo su conducta sería igualmente típica, puesto que si la mera desobediencia del funcionario constituyera el núcleo de la conducta incriminada se estaría ante un delito formal de pura omisión<sup>307</sup> que no respeta en absoluto un concepto material de delito acorde a los

<sup>301</sup> Sentencia de fecha 4 de octubre de 1999 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Sala IV (Argentina).

<sup>302</sup> CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte especial*. op. cit. idem pág.

<sup>303</sup> SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. op. cit. idem pág.

<sup>304</sup> QUINTANAR DÍEZ, Manuel; BARBA ÁLVAREZ, Rogelio. *En torno a la inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito en el código penal de los Estados Unidos Mexicanos y en el código penal para el Estado libre y soberano de Jalisco*. CPC N° 78. Año 2002. pág. 696.

<sup>305</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. op. cit. pág. 109.

<sup>306</sup> SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. pág. 103.

<sup>307</sup> VILLADA, Jorge Luis. *Delitos contra la función pública*. op. cit. pág. 387.

postulados de un Estado Democrático y Social de Derecho<sup>308</sup>. Además, si el funcionario incrementa su patrimonio por medios lícitos, está cumpliendo con la conducta que el ordenamiento jurídico y la sociedad esperan de él, es decir, que maneje su patrimonio de manera transparente y lícita, por lo que en este caso no existiría vulneración alguna del bien jurídico tutelado por ser una conducta social y funcionalmente adecuada. Esta comprensión del delito coincide con el pensamiento de SANCINETTI para quien lo decisivo no es la estructura gramatical de la frase, es decir, si lo que está expresado con un verbo es aquello que justamente se quiere prohibir o aquello de lo que depende la pena, sin integrar el contenido del ilícito. La respuesta sólo puede partir, por ende, del interés jurídico que se dice protegido<sup>309</sup>.

En segundo lugar, no se comparte la postura propuesta por SOLER de que existiría un deber expreso dirigido al funcionario de justificar el enriquecimiento de su patrimonio, el cual se conmina con una pena para garantizar su cumplimiento. En el caso del ordenamiento jurídico paraguayo ya hemos mencionado que los arts.104 de la CNP y 57 inc. i) de la LFPP consagran la obligatoriedad de toda persona que presta servicios en la función pública de realizar su declaración jurada de bienes y rentas, de la cual se desprende la existencia de unos específicos deberes de transparencia que exigen al funcionario público la consignación bajo fe de juramento de todos los bienes y deudas que forman parte de su acervo patrimonial; sin embargo, no se puede afirmar ni se puede considerar que de estos deberes de transparencia surga una supuesta obligación dirigida al funcionario de efectuar la justificación de la procedencia lícita de su posible riqueza, ya que tal consideración entraría en conflicto con principios constitucionales como el de presunción de inocencia. En este contexto, BRUZZONE y GULLGO se preguntan si la restricción que el tipo supone a las formas del debido proceso debe ser voluntariamente aceptada al tomar posesión del cargo, lo cual les lleva a entrelazar otra interrogante, si los derechos fundamentales son renunciables por parte de sus titulares. La respuesta de estos autores es categórica, los funcionarios públicos no puede considerarse sujetos al margen de las garantías constitucionales, por lo que resulta altamente dudoso que por el mero hecho de ingresar a la función pública se deba renunciar al derecho a la presunción de inocencia<sup>310</sup>.

Por otro lado, con acierto SANCINETTI ha puntualizado otro problema que pondría en duda la consideración de delito omisivo al enriquecimiento ilícito. Un elemento básico reconocido por toda la doctrina de los delitos de omisión es que el sujeto debe estar en condiciones de poder cumplir el mandato que emana de la situación típica. Si el deber le dice al funcionario público “debes acreditar el incremento lícito de tu patrimonio”, entonces todo aquel que no pudiera justificar su enriquecimiento porque efectivamente ha incrementado su patrimonio mediante la comisión de hechos punibles no estaría en condiciones de cumplir el mandato en atención a que constituiría una infracción al principio derivado del derecho de defensa *nemo tenetur se ipsum accusare* o garantía de no autoincriminación<sup>311</sup>.

<sup>308</sup> Es categórico ZIPF al señalar que la legitimación del Estado en la intervención jurídico penal restringe la extensión de la zona penal, pudiendo sólo declararse delitos a aquellos actos que dañan fundamentalmente el orden jurídico y social. Por ello, el concepto material de delito debe actualmente comprender actos que anulen o dañen de modo intolerable la capacidad de subsistencia y de función de la convivencia social (ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Traducido por Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Editorial Edersa. Jaén. Año 1979. pág. 98).

<sup>309</sup> SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. pág. 102.

<sup>310</sup> BRUZZONE, Gustavo; GULLCO, Hernan. *Acerca de la controvertida adecuación constitucional del tipo penal de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. pág. 17.

<sup>311</sup> SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. pág. 110. Al respecto, SAN MARTÍN CASTRO sostiene que del ejercicio del derecho de defensa no puede derivarse una obligación del funcionario de justificar el origen de su patrimonio. La doctrina procesal reconoce que el derecho de defensa implica la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva, derecho que debe entenderse en concordancia con el principio de no autoincriminación, el cual rige precisamente cuando se pretende obligar al imputado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, de modo que aún la no declaración no permite inferencias de culpabilidad (SAN MARTÍN CASTRO citado por CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 149). En cuanto a la afectación de la garantía de no

### 7.3.4.2. El enriquecimiento ilícito y su consideración como delito de comisión. La caracterización de la justificación como condición objetiva de punibilidad.

La doctrina mayoritaria mantiene la postura de que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito de acción o comisivo y que la no justificación es un elemento normativo del tipo<sup>312</sup> que cumple la función de condición objetiva de punibilidad, criterio que ha sido acogido por la jurisprudencia en sus fallos sobre este delito. Señala D´ALESSIO que la interpretación de este delito como una figura comisiva propone analizar dentro de la tipicidad todo lo referido al enriquecimiento y las características que debe tener para considerarlo típico, de tal forma que la justificación patrimonial y la no justificación en que pueda incurrir el sujeto frente a ello, son problemas que se trasladan fuera del tipo penal al ser analizados como aspectos de una condición objetiva de punibilidad<sup>313</sup>.

Según este criterio, la esencia de la acción típica del delito de enriquecimiento ilícito radica en la conducta del funcionario público que produce el incremento de su patrimonio o la disminución de los gravámenes que lo afectaban, de forma desproporcionada o con significativo exceso con relación a sus legítimos ingresos, que no puede ser razonablemente justificado. El fundamento de la no justificación, dice TODARELLO, consiste en el interés relacionado con la claridad y transparencia que debe caracterizar la situación patrimonial de los funcionarios públicos y que resulta afectado cuando se producen enriquecimientos que no se corresponden con sus ingresos legítimos<sup>314</sup>.

Para precisar el papel que cumple la «no justificación del enriquecimiento» en la interpretación del delito en estudio, se debe primeramente precisar qué es una condición objetiva de punibilidad y que función cumple en teoría del delito.

Es sabido que la concurrencia de los elementos de un injusto culpable conlleva la aplicación de la pena establecida por el legislador. No obstante, existen casos en que la presencia del injusto es un requisito necesario pero no suficiente para imponer una pena<sup>315</sup>, de ahí que ROXIN manifieste que el tema que nos ocupa se limita de antemano a la de si en algunos tipos concretos han de concurrir otras circunstancias, aparte de la responsabilidad por una actuación injusta para que haya punibilidad o, si la concurrencia de determinadas circunstancias excluye la punibilidad que en otro caso se produciría<sup>316</sup>. Las condiciones objetivas de punibilidad son requisitos o circunstancias adicionales que el legislador ha añadido

---

autoincriminación, D´ALESSIO manifiesta que el problema no radica tanto en el órgano como en el contenido que debe asignarse al requerimiento que se menciona en la figura, ya que al vincularse el requerimiento de justificación patrimonial con la exigencia de que el sujeto aclare el modo en que se ha producido el enriquecimiento apreciado en su patrimonio, parece insuperable la contradicción con el principio señalado (D´ALESSIO, Andrés José. *Código penal comentado y anotado. Parte Especial*. Tomo II. Editorial La Ley. Buenos Aires. Año 2004. pág. 866). En esta misma tesitura, argumenta RIMONDI que al ser el enriquecimiento ilícito un delito doloso, desde el punto de vista subjetivo, el funcionario público debe conocer la obligación que tiene de justificar los incrementos apreciables que registre su patrimonio y el carácter delictivo del incumplimiento (faz cognitiva), pero además, debe tener la voluntad de incumplir con su deber de justificar (faz volitiva). Para poder incumplir voluntariamente, el funcionario debe de tener la posibilidad fáctica de cumplir, es decir, puede justificar pero no lo hace porque no quiere. En cambio, resulta claro que fácticamente le sería imposible cumplir con esta obligación si el origen de su enriquecimiento patrimonial proviene de un ilícito cometido durante el ejercicio de sus funciones, porque de lo contrario, estaría autoincriminándose un delito vedado por la garantía nemo tenetur. Por lo tanto, en este caso se estaría ante un incumplimiento forzoso en el que faltaría la faz volitiva del dolo y, en consecuencia, la conducta omisiva resultaría atípica (RIMONDI, Jorge Luis. *Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública*. op. cit. pág. 283).

<sup>312</sup> ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. *El enriquecimiento ilícito. Aspectos jurídico-procesales*. op. cit. pág. 61.

<sup>313</sup> D´ALESSIO, Andrés José. *Código penal comentado y anotado. Parte Especial*. op. cit. pág. 869.

<sup>314</sup> TODARELLO, Guillermo Ariel. *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 298.

<sup>315</sup> GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La punibilidad en el Derecho penal*. Editorial Aranzadi. Pamplona. Año 1997. pág.33.

<sup>316</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 970.

en los correspondientes preceptos penales para la imposición de una pena, pero que no pertenecen al tipo de injusto ni a la culpabilidad<sup>317</sup>. Al respecto dice MUÑOZ CONDE que los elementos que siempre deben estar presentes para fundamentar la punibilidad son el injusto y la culpabilidad. Pero a veces el juicio de punibilidad excede de estos dos elementos, exigiéndose además, otras características adicionales para fundamentar la punibilidad de un concreto hecho. Estas características no pueden incluirse en el injusto o en la culpabilidad porque tiene una función dogmática y político criminal distinta de la de estos elementos<sup>318</sup>. Por lo tanto, la formulación del concepto de las condiciones objetivas de punibilidad necesariamente debe partir del presupuesto de que la estimación de las mismas como institución jurídica únicamente puede ser factible cuando con ese nombre se designe una materia que revista un carácter diferencial con relación a los restantes presupuestos de la sanción penal previa y comúnmente aceptados<sup>319</sup>.

Siguiendo a QUINTERO OLIVARES, las condiciones objetivas de punibilidad suponen que la imposición o al menos la agravación de la pena dependen de un suceso ajeno a la voluntad del autor y que, por eso mismo, ni puede controlarlo causalmente ni es preciso que lo quiera o lo prevea<sup>320</sup>. Por su parte, ANTÓN ONECA indica que los fundamentos que han conducido al legislador a establecer condiciones objetivas de punibilidad descansan en razones políticas (en cuanto la finalidad del precepto penal está subordinada a su existencia) o procesales (en cuando a través de la condición objetiva de punibilidad se establece una presunción de culpabilidad). Para la doctrina mayoritaria alemana la existencia de las condiciones objetivas de punibilidad se debe a criterios de merecimiento y necesidad de pena. Se dice que si una conducta reúne todos los requisitos del injusto y la culpabilidad, es una conducta merecedora de pena. Sin embargo, si tal conducta no resulta por sí misma efectivamente castigada, es porque el legislador ha otorgado relevancia a un requisito ulterior que se denominada necesidad de pena, la cual acoge todas las circunstancias en virtud de las cuales se formula un juicio de utilidad o conveniencia<sup>321</sup>. De acuerdo a esto, siempre y en todos los casos, aún cuando una conducta contenga todos los requisitos del injusto penal y la culpabilidad, se debe asegurar que además existe la necesidad práctica de hacer uso de la pena para la salvaguarda del orden social.

Según una opinión muy extendida, el merecimiento de pena expresa un juicio global de desvalor sobre el hecho<sup>322</sup>, en la forma de una desaprobación especialmente intensa por concurrir un injusto culpable especialmente grave (injusto penal) que debe acarrear un castigo, mientras la necesidad de pena presupone el merecimiento de pena y significa que un hecho en sí merecedor de pena además necesita ser penal, ya que en el caso concreto no existe ningún otro

<sup>317</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario; ACALE SÁNCHEZ, María; NIETO MARTÍN, Adán; DEMETRIO CRESPO, Eduardo; PÉREZ CEPEDA, Ana. *Curso de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 362. Así también, JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 597; ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal*. 2ª Edición. Anotada y puesta al día por José Julián Hernández y Luis Beneytez. Editorial Akal. Madrid. Año 1986. pág. 261.

<sup>318</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *El desistimiento voluntario de consumir el delito*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1972. pág. 64.

<sup>319</sup> MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Editorial Edersa. Madrid. Año 1989. pág. 22.

<sup>320</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del Derecho penal*. op. cit. pág. 472.

<sup>321</sup> GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La punibilidad en el Derecho penal*. op. cit. pág. 50.

<sup>322</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia. Madrid. Año 1990. pág. 31 “Merecedora de pena es sólo aquella conducta que merece la desaprobación ético-social por su capacidad para poner en peligro o dañar gravemente las relaciones sociales dentro de la comunidad jurídica. La gravedad del juicio ético-social depende no sólo de la conducta de lesión o puesta en peligro, sino también de la propia naturaleza del bien jurídico. Y así cuando mayor sea el rango de un determinado bien jurídico de acuerdo con el orden valorativo, mayor será el merecimiento de pena de quien lo ha lesionado o puesto en peligro; por el contrario, a menor importancia de un bien jurídico menor será también el merecimiento de pena desde la perspectiva del desvalor social”.



medio dispone que sea eficaz y menos aflictivo<sup>323</sup>. En ese contexto GÜNTHER entiende que una pena es necesaria si no existe ningún otro medio eficaz menos lesivo; sin embargo, a pesar de la existencia de necesidad de pena, una conducta puede no ser merecedora de ella cuando una pena significaría una reacción desproporcionadamente grave frente a la misma<sup>324</sup>. Entonces, desde el punto de vista del legislador agudo, prudente y consciente de que el recurso a la sanción criminal implica confianza en un medio, en sí comparativamente más disuasivo que otros a su disposición, se deberá atender a que la opción de criminalización sea efectuada sólo si el comportamiento es tal que merece realmente una pena, y solamente si la pena resulta rigurosamente necesaria, todo esto, como consecuencia de la aplicación del principio de subsidiariedad<sup>325</sup>. En síntesis, para ROMANO la función de estas dos categorías consiste en prestar ayuda, según los casos, para argumentar una solución preferible entre otras, también compatibles con la letra y con el sistema; para desarrollar una elección del derecho vigente, que más o menos participa de ellos; o bien para llegar a proponer nuevas opciones al legislador futuro. De ahí que estas categorías fundamentan sus raíces en una constante exigencia de justicia nunca eludible en cualquier ámbito del derecho, y por eso figuran como criterios interpretativos, de verificación o de corrección de los sistemas penales positivos<sup>326</sup>.

Por lo tanto, si un determinado delito contiene una condición objetiva de punibilidad, éste pertenece al tipo como elemento pero distinto del injusto<sup>327</sup>, es decir, no se cuestiona el carácter antijurídico y culpable de una conducta, sino sólo condiciona la fase aplicativa de la pena en base a determinadas razones políticas criminales del legislador. Transportando estas ideas en cuanto a la forma de interpretar el delito de enriquecimiento ilícito se alcanza la conclusión de que el enriquecimiento patrimonial excesivo de un funcionario público (entendido como incremento del patrimonio por la adquisición de bienes o la conservación del mismo por la disminución de los gravámenes que lo afectaban) con respecto a las posibilidades económicas que le generan sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones, son los únicos requisitos esenciales que precisa la ilicitud de la conducta descrita y con los cuales se entiende que es merecedora de pena; sin embargo, a los ojos del legislador la verificación fáctica de estos elementos del injusto no basta o no son suficientes todavía para su punición, porque necesariamente debe concurrir una circunstancia adicional que está dada por la falta de una justificación razonable en cuanto a la desproporción existente entre el enriquecimiento patrimonial y la capacidad económica del funcionario público.

Esta postura que entiende a la justificación del enriquecimiento como condición objetiva de punibilidad ha sido adoptada en muchos fallos judiciales emanados de órganos jurisdiccionales latinoamericanos. Por ejemplo, en Argentina, puede leerse en la sentencia que puso fin a una famosa y mediatizada causa penal el siguiente razonamiento jurídico: “con relación al aspecto probatorio, entendemos que corresponderá al magistrado instructor y al

<sup>323</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*, en: Silva Sánchez, Jesús; Schünemann, Bernard; De Figueiredo Dias, J. (Coordinadores): *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1995. pág. 116.

<sup>324</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*. op. cit. idem pág.

<sup>325</sup> ROMANO, Mario. *Merecimiento de pena, necesidad de pena y teoría del delito*, en: Silva Sánchez, Jesús; Schünemann, Bernard; De Figueiredo Dias, J. (Coordinadores): *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. op. cit. págs. 141 y 142.

<sup>326</sup> ROMANO, Mario. *Merecimiento de pena, necesidad de pena y teoría del delito*. op. cit. pág. 140.

<sup>327</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio; HUERTA TOCILDO, Susana. *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*. 2ª Edición. Madrid. Año 1986. pág. 386 “Un cierto sector de la doctrina entiende que las condiciones objetivas de punibilidad son parte del conjunto de características que fundamentan positivamente la contrariedad a Derecho de una conducta, si bien no suponen ningún aumento de la gravedad de esta contrariedad a Derecho ni, si quiera, afecta a su misma existencia, pues lo injusto del hecho y su entidad subsistirían aunque faltase la condición objetiva de punibilidad. Esto es, en definitiva para ese sector doctrinal las condiciones objetivas de punibilidad”.

ministerio público fiscal la demostración y prueba del enriquecimiento desproporcionado que presente el patrimonio del funcionario o empleado público, tanto por aumento del activo como por disminución del pasivo. Es precisamente ese dato objetivo lo que permite y habilita el debido requerimiento de justificación por parte de la autoridad competente, adquiriendo, además, la falta de justificación de ese incremento y como garantía para los funcionarios, *el carácter de condición objetiva de punibilidad, es decir, que su existencia resultará imprescindible para la aplicación de la pena correspondiente*. Por tanto, para evitar la aplicación de la sanción establecida en el tipo penal el funcionario deberá justificar el origen de dicho incremento patrimonial, debiendo aclararse que la justificación sólo será válida cuando el funcionario demuestre que el enriquecimiento presenta un origen lícito<sup>328</sup>.

En este caso la condición objetiva de punibilidad cumple la función de restringir la punibilidad en el sentido de que si el funcionario público justifica el enriquecimiento desproporcionado de su patrimonio, el hecho tendría que quedar sin castigo porque se entiende que la sanción penal carece de sentido, puesto que los fines que se persiguen con ella ya se habrían alcanzado, es decir, con la justificación proporcionada por el funcionario público se consigue el mantenimiento de los deberes de transparencia y legalidad que deben imperar en los actos económicos patrimoniales de los miembros de la función pública. Por otro lado, el recurso de la pena del delito de enriquecimiento ilícito sería desproporcionado para las posibles falsedades en las que ha incurrido el funcionario público al declarar su estado patrimonial. Es común que los funcionarios públicos traten de eludir la exteriorización de sus acrecentamientos patrimoniales con apariencia ilícita a través de la ocultación de sus bienes, que posteriormente llegan a ser justificados durante el proceso penal. La justificación del enriquecimiento exime la necesidad de aplicar la pena prevista para el delito; sin embargo, este tratamiento no se extiende para las falsedades u ocultamientos. En todo caso, existen tipos penales específicos que castigan estos hechos, incluso si ellos no son idóneos el Derecho administrativo sancionador posee medios menos gravosos para hacer frente a estas conductas desviadas.

---

<sup>328</sup> Sentencia de fecha 31 de mayo de 2004 dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4, en la causa: “Alsogaray, María Julia y otros s/ Presunto Enriquecimiento Ilícito”. Vid, en: “Teoría y practica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. op. cit. págs. 254 y 255. Según nuestra opinión, es posible que esta postura doctrinal y jurisprudencial haya derivado de la interpretación dada a determinados delitos y faltas existentes en los años 30 del siglo pasado en Italia y España. El art. 708 del código penal italiano de 1930 castigaba al individuo que, teniendo determinados antecedentes penales o estando sometido a amonestación, o a medida de seguridad personal o a causación de buena conducta, era encontrado en posesión de dinero u objetos de valor que no se hallaban en armonía con su estado y de los cuales no podía justificar su procedencia. Así también, el art. 2, numeral 3 de la ley española de vagos y maleantes del 4 de agosto de 1933 expresaba que podían ser declarados en estado peligroso y sometidos a las respectivas medidas de seguridad: los que no justifiquen, cuando legítimamente fueren requeridos para ello por las autoridades y sus agentes, la posesión o procedencia del dinero o efectos que se hallaren en su poder o que hubieren entregado a otros para su inversión o custodia. Si observamos el injusto del delito de enriquecimiento ilícito previsto en el art. 286 (2) del código penal argentino (cuyo primer antecedente legislativo data del año 1936) que consiste en que todo funcionario público que, al ser debidamente requerido, no justifique la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo, es patente el paralelismo y similitud que existe entre este delito y las disposiciones legales arriba citadas, y más aun con la estructura de ley española de 1933. En ese sentido, razonaba Manzini en relación a esta categoría de infracciones (que los consideraba como delitos de “sospecha”) y con especial relación al art. 708 diciendo: “la posesión no es ni una acción ni una omisión, sino un resultado, un estado; la acción es de quien descubre aquella posesión y no del poseedor; y la causa que ha producido ese resultado no tiene importancia constitutiva, sino sólo eventualmente incriminante. Por otra parte, el poseedor no tiene deber jurídico alguno de despojarse de aquella posesión. Tampoco la omisión de justificarla es elemento constitutivo del delito, sino una condición de punibilidad, y tal justificación suele también ser imposible por causas independientes del origen de la posesión”. Por lo tanto, la interpretación hecha por la jurisprudencia argentina acerca del art. 268 (2) del CP argentino guarda cierta similitud con el razonamiento emitido por el citado jurista italiano. Sobre la Ley española del 4 de agosto de 1933, el delito previsto en el art.708 del Código Penal Italiano de 1930 y el cometario de éste último por Manzini, Vid: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal*. Tomo III. op. cit. págs. 455 y 456.

Desde nuestro punto de vista, esta interpretación dada a la condición objetiva de punibilidad no es aplicada estrictamente ni tiene los efectos dogmáticos señalados en la resolución de los casos de enriquecimiento ilícito.

En primer lugar, de acuerdo a su verdadero contenido dogmático las condiciones objetivas de punibilidad cumplen su función restrictiva de la pena en caso de no verse cumplida la condición<sup>329</sup>, es decir, la pena no se impone si no existe o no se concreta la circunstancia adicional. Al contrario, para que la pena prevista en el delito de enriquecimiento ilícito no se aplique es necesario que la condición se compruebe fácticamente, la cual se exterioriza a través de la satisfactoria justificación por parte del funcionario público de su excesivo enriquecimiento patrimonial. Si no justifica o no lo hace de forma adecuada, concurrirían los requisitos del injusto del delito y la circunstancia adicional que posibilita la aplicación de la pena. En otras palabras, las condiciones objetivas de punibilidad permiten sancionar un comportamiento que, de no verificarse la condición, no resultaría punible<sup>330</sup>. En el delito de enriquecimiento ilícito, de no verificarse por el funcionario público la justificación de su excesivo enriquecimiento patrimonial, su conducta resulta punible y sancionada penalmente.

En segundo lugar, hay autores como QUINTANAR DÍEZ y COBO/VIVES ANTÓN que sostienen que las condiciones objetivas de punibilidad son hechos futuros e inciertos independientes de la voluntad del autor que determinan la punibilidad o no de una conducta<sup>331</sup>. En cambio, en el delito de enriquecimiento ilícito la comprobación de la licitud del enriquecimiento depende exclusivamente del comportamiento del funcionario, pues es él quien debe justificar que su incremento patrimonial tiene un origen lícito. En ese sentido, OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO señalan que existen condiciones objetivas de punibilidad que pueden cumplirse de manera por completo desvinculada del comportamiento llevado a cabo por el autor; sin embargo, se aprecia que en ciertas ocasiones existen otras que se presentan causalmente ligadas a la conducta del sujeto, que sin su actuación no habrían tenido oportunidad de producirse<sup>332</sup>. Estas características son las que han provocado las múltiples críticas de inconstitucionalidad por parte de la doctrina hacia este delito, por ser contrarias a principios elementales del sistema penal como son los de culpabilidad, presunción de inocencia, el derecho a no declarar en contra uno mismo e inversión de la carga de la prueba.

En tercer lugar, hemos visto que la infracción de la norma penal no depende de la concurrencia de la condición objetiva de punibilidad, se infringe antes cuando técnicamente ya ha aparecido el delito, por eso dice JAKOBS que estas condiciones no impiden ni el injusto ni el tratamiento de una conducta como realizadora del tipo<sup>333</sup>. QUINTERO OLIVARES afirma que cuando la imposición de la pena queda pendiente de que se cumpla una condición objetiva de punibilidad no hay que olvidar que el autor ya ha realizado el delito<sup>334</sup>. Sin embargo, si el funcionario público llega a justificar sus incrementos patrimoniales y convence que provienen de fuentes lícitas, por más que en principio se hayan comprobado todos los elementos que fundamentan el injusto penal, la aplicación de la pena resulta imposible porque la justificación opera como un instrumento que elimina por completo la ilicitud, dado que demuestra que la

<sup>329</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio; HUERTA TOCILDO, Susana. *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*. op. cit. pág. 391.

<sup>330</sup> MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. op. cit. pág. 33.

<sup>331</sup> QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *Un concreto aspecto del llamado Derecho penal económico: los delitos bursátiles*. op. cit. pág. 45; COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 430.

<sup>332</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio; HUERTA TOCILDO, Susana. *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*. op. cit. pág. 388.

<sup>333</sup> JAKOBS, Gunther. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 406.

<sup>334</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del Derecho penal*. op. cit. pág. 473.

aparición de antijuridicidad del acto no era así en realidad<sup>335</sup>. En atención a esto, RIMONDI menciona que este razonamiento llevaría a afirmar que todo funcionario público que efectivamente justifica su acrecentamiento patrimonial se ha enriquecido ilícitamente, pero no puede imponérsele la sanción correspondiente. Según el autor citado tal interpretación sería incorrecta, pues si el funcionario público demuestra que el incremento tiene su fundamento en un ingreso legítimo extraordinario, la acreditación del ilícito debe ceder, dado que no puede sostenerse que su conducta sea contraria al derecho<sup>336</sup>.

Al respecto, ABANTO VÁZQUEZ sostiene que luego de probado un enriquecimiento inexplicable por las investigaciones de la autoridad, el acusado tiene que demostrar que su mejoría patrimonial proviene de fuente lícitas. Recién entonces podrá hablarse de un injusto penal, y es por ello que para la determinación de la ilicitud del enriquecimiento se produce una inversión de la carga de la prueba. Por lo tanto, la justificación no puede ser considerada una condición objetiva de punibilidad<sup>337</sup>.

SANCINETTI también se suma a los autores que descalifican a la justificación como condición objetiva de punibilidad. Para este autor la justificación del enriquecimiento no es un acto que compense en alguna medida el desvalor del hecho previo proveniente de una infracción a la norma que, así y todo, queda invariada. La justificación es sólo el rendir una prueba que persuade suficientemente de que el enriquecimiento previo no proviene de la comisión de unos delitos que se presumen. Esto significa que se trata de un comportamiento que no agrega un hecho valioso en dirección contraria al desvalor anterior, sino que es un comportamiento procesal impuesto coactivamente para desvanecer una imputación fundada en un dato externo (el enriquecimiento) que hace presumir que ha habido algún comportamiento delictivo no individualizado. Por estas razones afirma que la justificación es, en síntesis, una condición de procedibilidad que no define lo ilícito<sup>338</sup>.

En definitiva, en base a estos argumentos debe rechazarse la tesis que sostiene que la «no justificación» del funcionario público sobre su excesivo aumento patrimonial cumple en el delito de enriquecimiento ilícito la función de condición objetiva de punibilidad.

#### **7.3.4.3. El sentido y alcance del concepto «justificación» y su aplicación al delito de enriquecimiento ilícito.**

Conviene determinar cual es el sentido y alcance del término «justificación» a los efectos del delito en estudio. En una primera aproximación, el diccionario de la RAE nos ofrece una definición de la palabra justificación diciendo: “probanza que se hace de la inocencia o bondad de una persona, de un acto o de una cosa”<sup>339</sup>, significado que no se aleja mucho de la función que cumple este elemento normativo en el delito de enriquecimiento ilícito, pues en realidad el funcionario público consigue la declaración de su inocencia a través de la justificación del origen lícito de su enriquecimiento. En otra acepción, este diccionario define al mismo término como: “probar algo con razones convincentes, testigos o documentos”<sup>340</sup>.

La doctrina se ha pronunciado al respecto, así NÚÑEZ afirma que tiene justificación el enriquecimiento que proviene de emolumentos legales del cargo, del ejercicio de la profesión,

<sup>335</sup> RIMONDI, Jorge Luis. *Calificación legal de los actos de corrupción en la administración Pública*. op. cit. pág.299.

<sup>336</sup> RIMONDI, Jorge Luis. *Calificación legal de los actos de corrupción en la administración Pública*. op. cit. pág.300.

<sup>337</sup> ABANTO VÁZQUEZ, Manuel. *Delitos contra la administración pública*. 2ª Edición. Editorial Palestra. Lima. Año 2003. pág. 549.

<sup>338</sup> SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. pág. 109.

<sup>339</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Acepción N° 3.

<sup>340</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Acepción N° 1.

oficio o actividad compatible con el ejercicio del cargo o del empleo público y del legítimo acrecentamiento, adquisición o producción de los bienes propios<sup>341</sup>. GÓMEZ MÉNDEZ menciona que toda circunstancia que explique el origen lícito del incremento constituye justificación de él<sup>342</sup>. Para PABÓN PARRA justificar un incremento patrimonial es acreditar su origen mediante fundamentos razonables, técnicos, objetivos; no justifica quien acude a explicaciones torpes, guarda silencio, no justifica quien mediante las pruebas aportadas o recaudadas no logra explicar el origen lícito de su situación económica<sup>343</sup>. Y por último, TODARELLO señala que la única justificación requerida por el tipo de enriquecimiento ilícito es la acreditación de una causa de aumento patrimonial extraña al desempeño de la función<sup>344</sup>.

De lo reseñado se puede afirmar que los autores recién citados entienden que la acción de justificar significa que el funcionario público debe demostrar el origen lícito de su enriquecimiento patrimonial, en el sentido de acreditar la causa que provocó o permitió el aumento o disminución patrimonial. Sin embargo, creemos que el término en estudio se refiere más a una fuente jurídica lícita, entendida como todo medio previsto en el ordenamiento jurídico que crea el derecho a favor del funcionario público de adquirir directamente los bienes que acrecientan su patrimonio o proporciona los recursos económicos suficientes con los cuales no sólo puede solventar el valor de dichos bienes, sino también cancelar las deudas u obligaciones que gravan su patrimonio.

En cuanto a su alcance, compartimos las posturas que sostienen que la justificación debe realizarse con fuentes diferentes a las remuneraciones o salarios legales recibidos por el funcionario público, puesto que éstos ya son tomados en cuenta para establecer sus legítimas posibilidades económicas, que al ser insuficientes en relación al valor de los bienes adquiridos o la deudas u obligaciones canceladas, originan la sospecha de ilicitud de tal enriquecimiento patrimonial. De esta manera, una válida y posible justificación sólo puede materialmente producirse con la acreditación de fuentes extraordinarias o extrañas al desempeño de la función pública<sup>345</sup>. Por ejemplo, serían fuentes jurídicas lícitas: una donación, un legado, una sucesión, rentas provenientes de actividades lícitas compatibles con el ejercicio del cargo, el aumento natural de los bienes y cualquier hecho fortuito debidamente comprobado (lotería, sorteos)<sup>346</sup>.

Por otro lado, en cuanto al contenido del término aludido hay quienes manifiestan que el funcionario puede valerse para justificar la licitud de su enriquecimiento patrimonial de toda prueba que se ofrezca, cualquiera sea su naturaleza. Este planteamiento nos induce a razonar que se podría justificar incluso manifestando la comisión de un acto ilícito. Esta clase de postura debe objetarse completamente en atención a que si el funcionario quisiera desvirtuar el ilícito que se le imputa a través de la manifestación de que el origen de su enriquecimiento proviene de hechos delictivos, el testimonio o la prueba sobre estos hechos no podría tenerse en cuenta, en primer lugar, porque atentarían contra el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, y en segundo lugar, el enriquecimiento sería en este caso explicado pero no justificado. Como habíamos afirmado mas arriba, la justificación siempre debe sustentarse para ser válida en una fuente jurídica lícita prevista dentro del ordenamiento jurídico. En relación a esto, DE LUCA y

<sup>341</sup> NÚÑEZ, Ricardo. *Derecho penal argentino*. op. cit. pág. 143.

<sup>342</sup> GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, citado por PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. op. cit. pág. 957.

<sup>343</sup> PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. op. cit. idem pág.

<sup>344</sup> TODARELLO, Guillermo Ariel. *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 313.

<sup>345</sup> CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte especial*. op. cit. pág. 323.

<sup>346</sup> Consecuente con este razonamiento es VILLAMIZAR GUERRERO, quien sostiene que si los bienes en posesión del funcionario investigado, aún y cuando sobrepasen sus posibilidades, prueba que son provenientes de herencia, legado o donación, o provenientes del juego, como sería el caso de un premio de lotería, en efecto no incurriría en el supuesto de la norma (VILLAMIZAR GUERRERO, Jorge. *Los delitos contra el patrimonio público. En la ley orgánica de salvaguardia*. Editorial Andina. Mérida (Venezuela). Año 1994. pág. 81.

LÓPEZ CASARIEGO sostienen que el término justificar indica un doble origen, el de probar algo y que esa prueba se adecue a parámetros de justicia. Por ello, un incremento originado en un delito no puede considerarse justificado, en todo caso es demostrado pero justificar es más que eso, significa probar, demostrar que el incremento es lícito<sup>347</sup>.

Lo que se quiere con la norma penal de enriquecimiento ilícito es que el funcionario público demuestre con pruebas concretas que su excesivo enriquecimiento patrimonial –a priori considerado ilícito– fue obtenido a través de otros recursos económicos lícitos diferentes a los de sus ingresos legales. Así, el legislador se comunica por medio de la norma con el funcionario diciéndole: “como tus ingresos legales no son suficientes para solventar el valor de todos los bienes que tu has adquirido o de las deudas u obligaciones que has cancelado, sospecho que dicha desproporción es ilícita, pero ahora te ofrezco la oportunidad de que justifiques el origen de ese enriquecimiento con fuentes lícitas que no hayas declarado anteriormente, cualquiera sea el motivo, para que te exima de aplicarte la sanción penal prevista en el delito”.

#### **7.3.4.4. La no justificación del enriquecimiento y el papel que desempeña en el delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04.**

Hemos señalado que el delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04 no incluye a la «no justificación» como elemento normativo del tipo que acompaña al excesivo aumento o disminución ilegítimo del patrimonio del funcionario público. En efecto, en la incriminación de este delito se ha seguido la postura asumida por ciertos países latinoamericanos que han decidido no incluir el citado término dentro de la estructura típica, posiblemente con la intención de prevenir problemas de constitucionalidad que pudieran presentarse en la aplicación práctica judicial de este delito. En consecuencia, el legislador paraguayo se ha limitado a tipificar los elementos objetivos y circunstancias que, según su criterio, fundamentan la punibilidad de esta figura criminal. Así, el injusto se encuentra sustentado sobre la concurrencia de dos pilares o presupuestos esenciales ya analizados: el enriquecimiento excesivo del patrimonio del funcionario público y su no correspondencia con las legítimas posibilidades económicas de éste.

Sin embargo, lo afirmado recientemente no se refleja en la interpretación que los tribunales paraguayos han otorgado a este delito, ya que en varios fallos judiciales puede observarse que la no justificación ha sido reconocida como parte de la estructura del propio injusto del delito de enriquecimiento ilícito<sup>348</sup>.

En la SDTS N° 39 de fecha 4 de diciembre de 2006, los miembros del tribunal de sentencia han interpretado el tipo penal de enriquecimiento ilícito con el siguiente contenido: “El hecho punible en análisis consiste en que el funcionario público tuviera un patrimonio, es decir, la suma de sus bienes y la diferencia entre su activo y pasivo, es decir, con todo su acervo patrimonial, y este en cuanto a su valor o quantum sobrepasa lo que tuvo como ingreso en su haber, es decir, *no se justifica* contablemente que esos bienes los haya obtenido del producto de su función o de una actividad lícita. El tipo exige una diferencia que produce un enriquecimiento patrimonial *no justificado* en el tiempo ni por las actividades en el cargo”.

<sup>347</sup> DE LUCA, Javier; LÓPEZ CASARIEGO, Julio. *Enriquecimiento ilícito y constitución nacional*. op. cit. pág.16.

<sup>348</sup> Se puede observar en la fundamentación de los fallos judiciales sobre el delito de enriquecimiento ilícito que los tribunales de justicia agregan la “no justificación” del incremento patrimonial del funcionario como un elemento del tipo, aunque tal situación no forma parte de él, como sí ocurre en otros países. En este sentido, Vid: ALFONSO LARANGEIRA, Cesar; CONTRERAS SAGUIER, Javier; PREDAL DEL PUERTO, Ricardo. *La subsunción como herramienta necesaria para la resolución de casos de delitos económicos*, en: Contreras Saguier, Javier; Predal del Puerto, Ricardo (Coordinadores): *Apuntes de derecho penal económico*. Editorial ICED. Asunción. Año 2012. pág.67.

Por otra parte, sustentaron el fallo judicial por el cual resolvieron condenar al acusado juzgado con base en las siguientes manifestaciones: “En el caso en estudio, la conducta específica es que el acusado Luis Ángel González Macchi, se desempeñaba como Presidente de la República desde marzo de 1999 hasta agosto de 2003, es decir, ejercía una función pública, requisito establecido en el artículo 2 de la Ley N° 2523/04, así como también ejercía las facultades que le daban dicha función. En dicho periodo se ha comprobado mediante los registros que fueron debidamente introducidos en el juicio oral, depósitos de determinadas sumas de dinero en una cuenta en el exterior de la cual es titular, así como también se fueron depositando grandes sumas de dinero que fueron incrementando dicha cuenta hasta ascender al monto de \$ 1.074.817,79. Este tribunal al analizar todos los otros medios que fueron producidos en juicio no visualiza ninguna correspondencia natural que *justifique* que dichos depósitos surjan de los emolumentos recibidos en concepto de salario, así como también de la administración de sus bienes propios..., cabe aclarar que la procedencia de dichos depósitos *no se encuentra justificada* por ninguna actividad que le sea permitida conforme al artículo 237 de la Constitución Nacional, es decir, este tribunal ha llegado a la convicción de que existe una desproporción entre sus ingresos y su incremento patrimonial que *no se halla justificada* ni surge ningún elemento de prueba que indique su procedencia en actividades económicas específicas”.

En la SDTS N° 215 de fecha 31 de julio de 2007, el tribunal de sentencia condenó a cuatro personas por el delito de enriquecimiento ilícito, formulando el siguiente razonamiento jurídico en cuanto a los primeros acusados: “Ha quedado demostrado que con respecto a Hilarión Osorio, si bien no se encuentran registrados bienes o egresos a su nombre, si se encuentran importantes adquisiciones y egresos a nombre de su entonces cónyuge Tomasa Álvarez, que conforme a las pruebas producidas en este juicio *no puede justificar* los mismos, como así también las diferencias existentes entre sus ingresos legítimos y los egresos que la misma realizó, de igual forma, se pudo constatar el alto nivel de vida que llevaban, no pudiendo ser alcanzado mediante el salario que percibe”. En cuanto a los demás acusados el tribunal manifestó lo siguiente: “Entrando a analizar la existencia del hecho de enriquecimiento ilícito con relación a Arnaldo Abegg Sachelaridi y Cinthia Gimenez Boveda, corresponde señalar que los bienes adquiridos no están acorde con el sueldo percibido por el funcionario durante el tiempo en que se desempeñaba en la Dirección General de Aduanas, puesto que los supuestos medios con los que *pretende justificar* el matrimonio Abegg Sachelaridi-Gimenez Boveda, no son creíbles por carecer de seriedad en los datos y medios ofrecidos como prueba, teniendo en cuenta que *no se encuentra justificado* a través de fuente genuina de ingreso..., asimismo, la actividad de los acusados no esta respaldada por los libros contables debidamente controlados por el estado receptor de impuestos, lo que más amerita la falta de correspondencia entre el egreso y el ingreso que *no esta justificado debidamente*”.

En la SDTS N° 392 de fecha 5 de diciembre de 2008, el tribunal de sentencia ha llegado a la siguiente conclusión: “no se ha comprobado en juicio que el Sr. Heriberto Galeano Rojas posea bienes, usufructúe bienes, derechos o servicios que sobrepase sus legítimas posibilidades en el tiempo comprendido entre el 1 de noviembre de 1996 al 2006, ya que los bienes, créditos o derechos se encuentran *justificados* y *los desembolsos efectuados no sobrepasan sus ingresos* y *todos se hallan justificados* en medios introducidos en juicio que dan la certeza a este Tribunal por unanimidad que no se comprobó el hecho punible acusado”.

En la SDTS N° 315 de fecha 14 de octubre de 2008, el tribunal de sentencia resolvió condenar al funcionario acusado bajo el siguiente razonamiento: “Haciendo una evaluación de los ingresos y egresos de Felix Erico Ortiz y discriminando aquellos datos que resultaron ser veraces y comprobables, concluimos que efectivamente existe una diferencia negativa entre lo que el acusado Felix Erico Ortiz pudo percibir y los desembolsos que el mismo realizó, *no*

*pudiendo justificar de donde obtuvo el dinero para cubrir las deudas asumidas, ya que es imposible que con sus ingresos haya realizado la adquisición de bienes y el pago de deudas; ...se ha constatado que Felix Erico Ortiz ha adquirido la propiedad del vehículo marca Toyota Corolla por la suma de Gs. 25.000.000. en fecha 14/02/05 además de cancelar deudas superiores a la capacidad económica del mismo realizados durante los meses de marzo hasta inclusive septiembre de 2006, encontrándose en ambas circunstancias ya reingresado a las fuerzas aéreas percibiendo una remuneración con la cual no podía bajo ninguna circunstancia costear tales egresos, ni justificado ese caudal de dinero con los ingresos de sus familiares”.*

Por otra parte, existen fallos de los tribunales de apelación en lo criminal que reconocen a la no justificación como elemento normativo del tipo en estudio. Así, en el AyS N° 40 de fecha 14 de julio de 2009 emanado del TAC 3ª Sala, uno de los jueces miembro del colegiado sentenciador ha declarado que la conducta típica del delito de enriquecimiento ilícito es “obtener un incremento patrimonial *no justificado* con ocasión del cargo o de sus funciones”<sup>349</sup>. En el AyS N° 51 de fecha 31 de agosto de 2009 emanado del TAC 4ª Sala, uno de los jueces miembro del colegiado ha fundamentado su postura sobre el caso juzgado manifestando: “de las probanzas producidas en el juicio, ciertamente no se desprende que el acusado se haya enriquecido ilícitamente, pese a la cuantía de su activo, pues *ha justificado* sus ingresos tales como emolumentos percibidos por la función pública que desempeñara en las FF.AA. de la Nación y otros (cobros de alquileres y otras transacciones contractuales) que constituyen fuente suficiente para *justificar* el sostenimiento del activo patrimonial del acusado”<sup>350</sup>.

Los fallos judiciales recién señalados pecan por no precisar qué papel cumple la no justificación del enriquecimiento en el tipo penal de enriquecimiento ilícito; sin embargo, podrían citarse tres hipótesis acerca de las posibles funciones que desempeña en este delito. En primer término, parecería que la justificación del excesivo enriquecimiento del patrimonio del funcionario público es una condición objetiva de punibilidad cuyo cumplimiento o no, hace depender la aplicación de la pena. En segundo término, podría calificarse a la justificación como un acto posterior a la realización del hecho que no tiene relación con los elementos objetivos y subjetivos esenciales del delito, pero que influye en la valoración global sobre si ese hecho puede considerarse delito, en base al razonamiento de BACIGALUPO quien resalta que las condiciones objetivas de punibilidad tienen el denominador común de que se tratan de decisiones o autorizaciones judiciales posteriores a la realización del hecho que no pueden haber sido la meta perseguida por el autor de los mismos<sup>351</sup>. En tercer término, si bien la justificación que hacemos referencia no forma parte del tipo penal de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04, surge como un elemento normativo oculto que se desprende de la esencia misma del injusto del delito y sale a la luz por vía jurisprudencial.

Como hemos resaltado, la jurisprudencia paraguaya no se ha referido acerca de si la no justificación del enriquecimiento es un elemento del injusto o es una condición objetiva de punibilidad, pero lo que sí se desprende de los extractos judiciales antes señalados es que si el funcionario público demuestra que la desproporción existente entre sus ingresos legales con respecto a su enriquecimiento patrimonial registrado se encuentra justificada a través de otras fuentes lícitas ofrecidas en juicio, no se puede considerar probado el delito de enriquecimiento ilícito; de lo contrario, si no justifica su desproporcionada realidad patrimonial se entiende que el funcionario público ha cometido el delito.

La misma situación se evidenciaba en la práctica en los casos de enriquecimiento ilegítimo del DL N° 448/40, sólo que se conminaba al funcionario público a que justifique su

<sup>349</sup> Voto del Juez Luí María Benítez Riera.

<sup>350</sup> Voto del Juez José Agustín Fernández.

<sup>351</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Delito y punibilidad*. 2ª Edición. Editorial Hamurabi. Buenos Aire. Año 1999. pág.229.



enriquecimiento por medio de unas precisas causas o fuentes legales previstas en el mismo cuerpo legal. Así, el art. 2 del citado Decreto-Ley expresaba: “se considera enriquecimiento ilegítimo el aumento o acrecentamiento del patrimonio que no proviniera: a) de los emolumentos del cargo, b) del ejercicio de la profesión, oficio o trabajo lícito compatible con la función pública, c) del aumento o acrecentamiento natural de los bienes que se tenían al iniciarla o que se adquirieran lícitamente después, de acuerdo con las declaraciones juradas, d) de herencia, legado o donación, por causa extraña a la función probada por escritura pública, y e) de hechos futuros lícitos debidamente comprobados”; es decir, si el funcionario público acreditaba que su enriquecimiento provenía de alguna de estas causas se desvirtuaba que fuera ilegítimo y que el mismo tuviera origen en el ejercicio ilegal o deshonesto del cargo, o de la influencia derivada del mismo.

En las condiciones objetivas de punibilidad se acepta la existencia de un injusto previo, es decir, un hecho típico, antijurídico y culpable, pero si concurre la circunstancia determinada por el legislador la pena no se aplica. Esta es justamente la particularidad que no se vislumbra en la función que cumple la «justificación» dentro del tipo penal de enriquecimiento ilícito, ya que la presencia o ausencia de esta circunstancia constituye un dato imprescindible que hace depender el mantenimiento de la presunción de ilicitud del hecho juzgado. Aunque el legislador no haya previsto a la exigencia de justificación como elemento del tipo –para que no sea abarcado por el dolo–, no existe duda que es un elemento que forma parte de la esencia misma del delito de enriquecimiento ilícito que ha sido revelado por la jurisprudencia, y que su comprobación resulta una carga que debe ser proporcionada por el funcionario público, incluso se puede afirmar que el funcionario público no sólo estaría coaccionado a que presente prueba suficiente que justifique su enriquecimiento, sino también a que convenza al tribunal acerca de su licitud, todo esto, si quiere eximirse de una posible pena. En vista a que la ilicitud del enriquecimiento radica en la excesiva desproporción resultante entre el aumento patrimonial registrado al funcionario y sus ingresos legales, no habrá tipicidad si logra demostrar el origen lícito de ese enriquecimiento. De lo contrario, si el funcionario público no justifica con fuentes lícitas el origen de su enriquecimiento patrimonial, demuestra un estado que revalida la vigencia de la presunción de ilicitud que pesa sobre su patrimonio, y que a los ojos del legislador constituye una situación de riesgo jurídicamente intolerable para el bien jurídico protegido constitutiva de ser sancionada con una pena. En base a estas ideas puede afirmarse que el elemento normativo que exige al funcionario la justificación de su patrimonio no cumple la función de condición objetiva de punibilidad en el delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04.

En base a lo expuesto, lo que se rechaza es considerar a la justificación del enriquecimiento como una circunstancia que restringe a un injusto culpable la imposición de la pena o «condición objetiva de punibilidad propia» según la doctrina alemana. A estas JESCHECK las define como simples causas de restricción de la pena, que a pesar de la presencia del injusto y la culpabilidad, en determinados casos el legislador niega la necesidad de pena, a no ser que se añada otra circunstancia adicional que pueda afectar al hecho mismo o a su desarrollo posterior, y que proporcione una mayor importancia objetiva que la que fundamenta la necesidad político criminal de la pena<sup>352</sup>. Sin embargo, según nuestra opinión el papel que estaría cumpliendo la exigencia de justificación se asemejaría más a lo que la doctrina alemana ha denominado «condiciones objetivas de punibilidad impropias», que para el autor recién citado son causas encubiertas de agravación o fundamentación de la pena, que por su esencia pertenecen al tipo de injusto pero que, formalmente, estarían configuradas bajo la apariencia de condiciones objetivas de punibilidad porque el legislador quiere hacerlas independientes de la necesidad de que aparecieran referidas al dolo o, en su caso, la imprudencia<sup>353</sup>.

<sup>352</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 598.

<sup>353</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 599.

Asimismo, reconoce MARTÍNEZ PÉREZ que en las llamadas condiciones objetivas de punibilidad impropias las consideraciones político criminales giran sobre el eje de un exagerado defensismo, en atención al cual lo que realmente se pretende es desvincular unos elementos, que desde la perspectiva material pertenecen al tipo de injusto, de las exigencias del dolo y de la culpa<sup>354</sup>. Para MAPELLI CAFFARENA son aquellas que siendo irrelevantes para el principio de culpabilidad, están verdaderamente fundamentando el contenido del desvalor ético-social del hecho<sup>355</sup>. Esta clase de condiciones son rechazadas por gran parte de la doctrina en razón a que se encuentra en conflicto con el principio de culpabilidad, porque el legislador ha configurado aparentemente ciertos elementos como condiciones objetivas de punibilidad para ser sustraídas de la exigencia del dolo o la culpa, de ahí que CORVALÁN sostenga que el punto neurálgico que sirve para sustentar esta categoría y que al mismo tiempo permite fulminarla, radica en que se pretende desvincular elementos que, desde un punto de vista material, pertenecen al tipo de injusto<sup>356</sup>.

Precisar si un elemento del delito cumple la función de condición objetiva de punibilidad impropia, conlleva una tarea de interpretación que debe llevarse a cabo en el marco de la específica figura delictiva, tal como lo hemos hecho para descartar que la justificación sea una condición objetiva de punibilidad propia. Por tanto, el dato decisivo será conocer si el elemento en estudio incide en el merecimiento de pena contribuyendo a fundamentar el injusto. En algunos preceptos se deduce de modo irrefutable cuando estamos frente a una condición objetiva de punibilidad impropia; sin embargo, en el caso del enriquecimiento ilícito se debe proceder no sólo con el estudio estructural del tipo legal, sino también con los aportes interpretativos que la jurisprudencia ha realizado a dicha figura penal. Corresponde primeramente saber si la omisión de justificar el enriquecimiento se desvincula con respecto a la culpabilidad del agente. En nuestro caso, ya se ha manifestado que a pesar de que el legislador no haya tipificado a la no justificación del enriquecimiento como elemento integrante del tipo de enriquecimiento ilícito como lo hacen otras legislaciones penales latinoamericanas, la jurisprudencia paraguaya lo ha reconocido como tal y parte esencial del injusto de este delito.

Queda claro que la técnica legislativa adoptada fue recurrida para que dicho elemento no abarque el conocimiento del autor y sea innecesario para la culpabilidad, lo cual queda reforzado con lo resuelto en las sentencias de enriquecimiento ilícito sobre la parte subjetiva del injusto, que sólo se refieren al conocimiento que tuvo el funcionario público sobre los dos elementos típicos que fundamentan el delito, es decir, si tenía conocimiento de que adquiriría bienes o cancelaba obligaciones que incrementaban su patrimonio, y si sabía que el valor de esos bienes u obligaciones sobrepasaba excesivamente sus legítimas posibilidades económicas. Por lo tanto, la ajenidad de este elemento de la culpabilidad ha conducido posiblemente a cierta parte de la doctrina latinoamericana al error de considerarlo como condición objetiva de punibilidad propia<sup>357</sup>.

De la jurisprudencia paraguaya analizada surge que la no justificación del enriquecimiento forma parte de la figura delictiva y constituye un requisito que verdaderamente viene a conformar el injusto, aunque como se ha señalado, desde la perspectiva formal ha sido sustraído a las reglas de la imputación subjetiva. En los fallos judiciales mencionados

<sup>354</sup> MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. op. cit. pág. 57.

<sup>355</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. op. cit. pág. 22.

<sup>356</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo. *Condiciones objetivas de punibilidad*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Año 2009. pág. 259.

<sup>357</sup> MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. op. cit. pág. 87 “Este elemento presenta la importante salvedad de estar situado formalmente fuera del injusto, toda vez que el legislador lo ha desvinculado de la referencia a la culpabilidad del agente, lo cual asemeja a su vez, en cierto modo, tal circunstancia a las condiciones objetivas de punibilidad en cuanto a su tratamiento y estructura”.

anteriormente pueden leerse conclusiones como esta: “ciertamente no se desprende que el acusado se haya enriquecido ilícitamente, pese a la cuantía de su activo, *pues ha justificado sus ingresos*”, lo que nos indica que si bien se pudo comprobar una excesiva desproporción entre el incremento patrimonial y los ingresos legítimos (lo que en principio supuso un enriquecimiento ilícito), el funcionario público acusado pudo posteriormente justificar que la cuantía de su activo tuvo su origen en fuentes lícitas. Otro fallo judicial manifiesta el siguiente razonamiento jurídico: “los supuestos medios que pretende justificar el matrimonio Abegg Sachelaridi-Gimenez Boveda, no son creíbles por carecer de seriedad en los datos y medios ofrecidos como prueba, teniendo en cuenta que *no se encuentra justificado* a través de fuente genuina de ingreso”; lo que nos demuestra que en el supuesto juzgado el enriquecimiento patrimonial ilícito atribuido a los acusados no ha podido ser justificado ya que los mismos han presentado medios probatorios insuficientes o no creíbles para demostrar su licitud.

A la vista de estas conclusiones judiciales no queda duda que la exigencia de justificación del enriquecimiento patrimonial por parte del funcionario público constituye materialmente un elemento normativo que no se encuentra fuera del tipo de lo injusto sino en él cuya existencia condiciona<sup>358</sup>. En el primer caso citado, la justificación ha convertido en atípica la conducta del funcionario público y en consecuencia, no existen necesidades preventivo-generales ni preventivo especiales para imponer la sanción penal, pues se trata de una acción que ya no es considerada socialmente indeseable. En el segundo caso, la no justificación ha contribuido a fundamentar el injusto, puesto que el funcionario no ha dado razones suficientes y convincentes que expliquen la excesiva desproporción existente entre su incremento patrimonial y sus ingresos legítimos, y en consecuencia su conducta ha sido considerada típica y punible.

Esta afirmación coincide con las expresiones de GODINHO: “surge claramente que la justificación del origen del enriquecimiento es una contraprueba, es decir, trata de refutar una presunción y desvirtuar la sospecha de corrupción que pesa sobre el agente”<sup>359</sup>.

Ahora bien, es imprescindible dejar sentado una premisa fundamental para entender el papel que juega la exigencia de justificación dirigida al funcionario en el delito de enriquecimiento ilícito, y es que ésta es un “elemento normativo negativo o contra reo”, pues el tipo sólo se entiende completo cuando el funcionario público, a parte de evidenciar un enriquecimiento patrimonial que no se corresponde con sus legítimas posibilidades económicas, no puede razonablemente justificar ese incremento con otras fuentes lícitas extrañas a las obtenidas de la función pública. Este elemento de negativa estructura –no justificación o explicación razonable– es la médula del tipo penal en estudio, puesto que si la tenencia del excesivo patrimonio es justificada es en sí lícita. Esta situación es similar a la contemplada en el art. 95 del CP Argentino. (Homicidio o Lesiones en riña)<sup>360</sup> y en el art. 509 del derogado CPE de 1944 (Tenencia de útiles para el robo)<sup>361</sup>.

<sup>358</sup> Resalta MARTÍNEZ PÉREZ que esta clase de circunstancias pertenece al tipo como anexo, porque sin su verificación el juicio de antijuridicidad no puede ser pronunciado (MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. op. cit. pág. 117).

<sup>359</sup> GODINHO, Jorge A.F. *Do crimen de riqueza injustificada (Art. 28 Da lei N° 11/2003, de 28 de julio)*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Ano XI. N° 24. 2007. pag. 34.

<sup>360</sup> Art. 95 del CP argentino: “Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos persona, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte y de uno a cuatro en caso de lesión”.

<sup>361</sup> Art. 509 del CPE de 1944: “El que tuviere en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación, será castigado con la pena de arresto mayor. En igual pena incurrirán los que fabricaren dichos instrumentos. Si fueren cerrajeros, se les aplicará la pena de presidio menor”.

En el primer delito citado, la situación típica se centra cuando más de dos personas toman participación en una riña en la que resulta la muerte o lesión de una persona, pero no se puede determinar quien ha sido el causante del resultado, entonces, se consideran autores del delito a todos lo que ejercieron violencia sobre el ofendido. CORVALÁN pone de relieve que frente a la existencia de una víctima lesionada o muerta, y ante la determinación de la autoría, la ley establece una presunción que dice: “se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia”, circunstancia que amerita que este delito sea calificado como de sospecha<sup>362</sup>. Por lo tanto, si cualquiera de los participantes no puede demostrar que su conducta fue irrelevante para producir la muerte o que otro u otros han sido los causantes, se presume que éste (además de los otros) ha causado el resultado<sup>363</sup>.

En el segundo delito, el tipo castigaba la sola tenencia de llaves falsas, gonzúas u otros elementos semejantes por la presunción del mal uso que se propusiera hacer de dichos instrumentos el tenido por culpable (supuestamente destinados a ejecutar robos), presunción que sólo podía ser desvirtuada si se diese descargo suficiente sobre su adquisición o conservación. Para QUINTANO RIPOLLÉS se trata de un delito de sospecha que tipifica meros instrumentos falsarios desvinculados de propósitos comisivos concretos, en la que resalta la relevancia exculpatoria que se atribuye al descargo suficiente –lo que acentuaba su morfología de sospecha– puesto que si el sindicado presentaba suficiente prueba en contrario privaba al acto de antijuridicidad<sup>364</sup>. En este sentido, CUELLO CALÓN manifiesta que el delito exige que el culpable no dé descargo suficiente sobre la adquisición o conservación de los instrumentos, por lo tanto, si el agente probaba la licitud de su tenencia, no habría delito<sup>365</sup>.

Puede decirse que tanto en el delito de enriquecimiento ilícito como en los dos ejemplos expuestos, el descargo fundado y creíble del imputado (que justifica el origen lícito de sus bienes, que prueba la incapacidad de la conducta para producir la muerte u otras lesiones corporales o que demuestra que los objetos e instrumentos que se tienen en posesión no son destinados para cometer robos) es tenido en cuenta como criterio exculpatorio o disipante de sospecha, por lo que cumpliría en estos casos la función atribuida por la doctrina a las *condiciones objetivas de punibilidad impropias*, es decir, como elementos que fundamentan el injusto penal con la particularidad de que los mismos no están abarcados por el dolo del autor<sup>366</sup>.

<sup>362</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo. *Condiciones objetivas de punibilidad*. op. cit. pág. 365.

<sup>363</sup> Para SOLER esta figura criminal requiere una serie de condiciones, algunas positivas y otras negativas. Las positivas son que el homicidio o las lesiones resulten de la riña, y haber ejercido violencia sobre la persona del ofendido. La negativa es la de que no conste quienes causaron la muerte o lesiones. Este tipo de disposiciones importa el peligro de hacer responder como autores a sujetos que realmente no lo sean y que hayan ejercido solamente violencia sobre la víctima. Para este autor, la incriminación se funda en una presunción de autoría que descansa sobre el hecho de que un sujeto haya ejercido violencia en la persona del ofendido, y de ello resulte sumamente improbable que sea imputado con injusticia (SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Tomo III. op. cit. págs. 146-149).

<sup>364</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de la parte especial del Derecho penal*. Tomo II. 2ª Edición. Editorial Revista de Derecho privado. Madrid. Año 1964. págs. 350 y 351. Sobre la interpretación jurisprudencial y doctrinal del art. 509 del derogado CPE de 1944, Vid: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Constitución y Derecho penal*. CPC N° 38. Año 1987. págs. 59-65.

<sup>365</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*. 12ª Edición. Tomo II. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1967. pág.827.

<sup>366</sup> Otros delitos que poseían elementos que fundamentaban el injusto del tipo bajo la apariencia de condiciones objetivas de punibilidad impropia eran los previstos en los arts. 408 y 424 del CPE de 1944. Sobre los mismos, Vid: MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. op. cit. págs. 156-158; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*. Editorial Ceura. Madrid. Año 1986. pág. 73 y sigtes; COBO DEL ROSAL, Manuel; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Delitos contra las personas. Homicidio en riña tumultuaria*, en: Vives Anton, Tomás (coordinador): *Derecho penal. Parte especial*. 2ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1988. pág. 531 y sigtes; GARCÍAS PLANAS, Gabriel. *Notas sobre el tratamiento de la riña tumultuaria en el código penal español y en la jurisprudencia*. RJC. Año 1979. pág. 845 y sigtes.

Con esta clase de elementos se presume la realización de un tipo de injusto diferente e indeterminado al que es objetiva y subjetivamente imputable al autor de la conducta, lo que estaría en contradicción con principios constitucionales<sup>367</sup>.

En otras palabras, la exigencia de justificación convierte al enriquecimiento ilícito en un delito de sospecha, en razón a que si el funcionario público no explica razonablemente que su enriquecimiento proviene de fuentes lícitas, se presume que los recursos económicos con los cuales ha posibilitado su mejoría patrimonial tuvieron origen en actividades ilícitas (indeterminadas) cometidas mientras cumplía sus funciones, extremo que se fundamenta en la circunstancia de que este delito tiene un ámbito temporal de comisión: con posterioridad al inicio de sus funciones públicas. Es evidente que esta clase de elementos encubiertos bajo la apariencia de condiciones objetivas de punibilidad verdaderamente cumplen la función de descubrir vínculos causales de difícil determinación y prueba<sup>368</sup>. La formulación de un delito cuyo contenido medular se centra en un elemento de estas características ofrece la ventaja a los titulares de la acción penal pública de no tener que demostrar que el enriquecimiento proviene de una determinada actividad delictiva (especialmente una derivada del ejercicio abusivo de un cargo público)<sup>369</sup>, ya que ésta se presume realizada hasta que el funcionario acredite lo contrario. Las consideraciones apuntadas constituyen las razones político criminales que ameritan que la exigencia de justificación, como circunstancia encubierta fundamentadora del punibilidad, se encuentre disociada formalmente del contexto del injusto y de la culpabilidad<sup>370</sup>.

En conclusión, la justificación del enriquecimiento es un elemento normativo que forma parte de la configuración material del delito de enriquecimiento ilícito que no puede considerarse condición objetiva de punibilidad (propia) porque se ha demostrado que cumple un papel preponderante en la determinación del injusto. Afirmación que se desprende por el hecho de que si el funcionario público justifica su excesiva desproporción económica (enriquecimiento patrimonial vs. ingresos legítimos) su conducta es atípica y socialmente adecuada; en cambio, si no la justifica, su conducta cumpliría todos los elementos del injusto, y por consiguiente, se entendería consumado el delito y el funcionario sería pasible de sanción penal. Es objetivo, porque se encuentra desvinculado del aspecto subjetivo del autor de la conducta, y es normativo, porque el juez debe realizar un proceso intelectual sobre las pruebas ofrecidas por el funcionario público para llegar a la certeza de si éstas pueden considerarse justificadas a los efectos de considerar típica o atípica su conducta.

<sup>367</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio; HUERTA TOCILDO, Susana. *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*. op. cit. pág. 393; MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. op. cit. pág.62.

<sup>368</sup> Parte de la doctrina señala que las condiciones objetivas de punibilidad impropias no añaden nada nuevo a la esencia del tipo penal, sino que se consideran objetivamente elementos típicos, creando presunciones de injusto con la finalidad de aplicar la pena sin necesidad de probar el dolo, tratándose de delitos que presentan dificultades de prueba (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario; ACALE SÁNCHEZ, María; NIETO MARTÍN, Adán; DEMETRIO CRESPO, Eduardo; PÉREZ CEPEDA, Ana. *Curso de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 363).

<sup>369</sup> MUZILA, Lindy; MORALES, Michelle; MATHIAS, Marianne; BERGER, Tammar. *On the take. Criminalizing illicit enrichment to fight corruption*. op. cit. pág. 47. “En vista a que el delito de enriquecimiento ilícito criminaliza simplemente la existencia de un significativo incremento de los bienes de un funcionario público sin justificación, el acusador no tiene la obligación de demostrar o vincular los bienes con alguna actividad criminal. Esta es la mayor ventaja que ofrece el delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva de los acusadores”.

<sup>370</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 600.



## Capítulo VII

# CUESTIONES RELEVANTES DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO CON RESPECTO A DETERMINADAS INSTITUCIONES DE LA PARTE GENERAL

### 1. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD. SU CONSIDERACIÓN COMO «DELITO DE RESULTADO CON CAUSALIDAD PRESUNTA».

De acuerdo a su estructura típica el enriquecimiento ilícito es una figura penal que pertenece a los delitos de resultado. En esta clase de delitos el tipo requiere que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta<sup>1</sup>. Esto puede apreciarse perfectamente en el delito de enriquecimiento ilícito, ya que se distinguen las conductas llevadas a cabo por el funcionario público con las cuales obtiene la propiedad, posesión o usufructo de bienes o servicios, o cancela deudas u obligaciones, y el efecto resultante de ellas que es el enriquecimiento de su patrimonio. Existe relación de causalidad entre el efecto y la acción del funcionario si suprimimos mentalmente las conductas de adquisición realizadas por él, los bienes no ingresarían a su patrimonio, y por consiguiente, no se incrementaría. También puede decirse que el funcionario público produce con su conducta una modificación del mundo exterior, puesto que obtiene algo que no tenía antes de su acción y ello produce el incremento de su patrimonio.

Sin embargo, como bien dice el nomen juris del delito en estudio, el legislador ha acompañado el resultado típico con el calificativo «ilícito», lo que significa que los recursos económicos que han posibilitado la adquisición de los bienes o la cancelación de las obligaciones que incrementaron el patrimonio del funcionario han derivado de actos cometidos en contrariedad al ordenamiento jurídico. En palabras de FABIÁN CAPARRÓS esta contrariedad al Derecho no es predicable de los bienes en sí mismos obtenidos, sino de la relación que existe entre la riqueza y su poseedor, esto es, del comportamiento en virtud del cual se haya podido alcanzar su posesión<sup>2</sup>. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que entre la adquisición de bienes o la cancelación de obligaciones existe un nexo o relación de causalidad con el enriquecimiento patrimonial de una persona, pero lo que se debe analizar es si el resultado calificado de ilícito descrito en el tipo puede ser imputable a la conducta realizada por el funcionario público, es decir, si desde el punto de vista jurídico-penal la conducta humana atribuible pertenece al conjunto de condiciones que pueden determinar la causación del resultado<sup>3</sup>, y partiendo de esto, si la acción típica es peligrosa para el bien jurídico.

De acuerdo a la técnica legislativa utilizada en Latinoamérica para incriminar las conductas punibles de enriquecimiento ilícito, vemos que ciertos países han determinado la ilicitud a través de la expresión “por razón del cargo”, que exige la comprobación de que el

---

<sup>1</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. op. cit. pág. 225; LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho penal*. op. cit. pág. 109; ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 328; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 307; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario; ACALE SÁNCHEZ, María; NIETO MARTÍN, Adán; DEMETRIO CRESPO, Eduardo; PÉREZ CEPEDA, Ana. *Curso de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 212.

<sup>2</sup> FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. op. cit. pág. 298.

<sup>3</sup> En ese sentido menciona ROXIN que la cuestión fundamental en material de causalidad no consiste en averiguar si se dan determinadas circunstancias, sino en establecer los criterios conformes a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona (ROXIN, Claus. *Problemas básicos del Derecho penal*. op. cit. pág. 128).

incremento patrimonial ha derivado de una actuación disfuncional del cargo público<sup>4</sup>. En otras palabras, para que el resultado se le pueda atribuir al funcionario debe existir una relación de causalidad entre el enriquecimiento de su patrimonio y el desempeño o aprovechamiento ilegal de sus funciones públicas. Sin embargo, el legislador paraguayo se ha apartado de esta técnica, si se quiere decir “modal”, por otra “temporal”, ya que exige que el enriquecimiento ilícito se produzca con posterioridad al inicio de las funciones públicas del agente para ser considerado típico. El juez no necesita comprobar un nexo causal entre el enriquecimiento y un acto disfuncional del funcionario público, puesto que éste último se presume cometido si el suceso típico se ha realizado dentro del ámbito temporal determinado por el legislador en el tipo.

Esta aparente facilidad para tener por probada la tipicidad, siendo suficiente que las conductas típicas y el resultado se materialicen durante el periodo de tiempo en que el funcionario ejerce sus funciones, tiene su razón en lo difícil que resulta en la mayoría de los casos acreditar la relación de causalidad jurídico-penalmente relevante arriba señalada, es decir, que el patrimonio del funcionario fue incrementado con recursos económicos derivados de una actividad delictiva previa, específicamente una relacionada a su cargo público<sup>5</sup>. Este problema de prueba ha sido resuelto por el legislador mediante la presunción de que todo funcionario que enriquece inexplicablemente su patrimonio fuera de sus legítimas posibilidades económicas, necesariamente ha cometido delitos de corrupción durante el ejercicio de sus funciones cuyos beneficios económicos posibilitaron tal resultado, juicio que peca de imprecisión y poco sustento por cuanto siempre cabe la posibilidad de que el enriquecimiento pueda ser causado por la realización de otros delitos que no tienen relación con el ejercicio del cargo (delitos comunes), o inclusive por actividades lícitas simplemente no declaradas por el funcionario. Es así que se observa una falta de razonabilidad en la inferencia que realiza el legislador de los indicios que incrimina en el tipo al ser excesivamente abierta, débil e imprecisa, ya que la casuística ofrece hipótesis o alternativas razonables que excluirían dicha inferencia, por lo que no existe una certeza objetiva sobre la culpabilidad del funcionario sobre un hecho disfuncional cometido en el ejercicio de sus funciones que afecta a su derecho a la presunción de inocencia. Esta tendencia político criminal es un efecto de la propia naturaleza de los actos de corrupción que hace que las investigaciones y las respuestas creadas para contrarrestar este fenómeno se basen sobretudo en estimaciones subjetivas desde la perspectiva de los encargados de erigir el sistema de persecución penal de estos hechos<sup>6</sup>.

En este orden de ideas, también se puede entender a las conductas punibles de enriquecimiento como comportamientos post-delictivos en fase de agotamiento de un delito contra la función pública que no puede ser acreditado judicialmente. En el agotamiento o consumación material, el autor no sólo realiza todos los elementos típicos, sino que además,

---

<sup>4</sup> El problema que surge de este tipo de técnica legislativa es que si se demuestra que el enriquecimiento tuvo su origen en otro delito contra las funciones públicas, por ejemplo un cohecho, el delito de enriquecimiento ilícito quedaría desplazado, debiendo juzgarse al funcionario por esa infracción penal. Esto significa que el juzgador debe hacer primeramente un estudio sistemático y negativo para poder llegar a la conclusión de que el aumento patrimonial del funcionario no tuvo su origen en un peculado o en un cohecho, situación que hace concluir a CANCINO y TOSCANO DE SÁNCHEZ que esta clase de tipo penal es de difícil y escasa ocurrencia, pues casi siempre el ilegal incremento patrimonial de un funcionario deriva de un comportamiento que encaja en alguno de los delitos contra las funciones públicas diferentes al de enriquecimiento ilícito (CANCINO, Antonio José; TOSCANO DE SÁNCHEZ, Maruja. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 43).

<sup>5</sup> Refiere en este contexto HASSEMER que el Derecho penal de la actualidad se caracteriza por una ampliación desmesurada del ámbito de aplicación de ius puniendi, pues se prescinde del perjuicio o daño y con él de la necesaria prueba de la relación de causalidad, facilitando la labor del funcionario judicial e impidiendo por consiguiente, el ejercicio del derecho de defensa y limitando los presupuestos y limitaciones del castigo, lo que disminuye las directrices que tiene que dar el legislador al juez para que interprete los tipos penales (HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. op. cit. pág. 24).

<sup>6</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado*. op. cit. pág. 280.



consigue satisfacer la intención que perseguía<sup>7</sup>. JESCHECK manifiesta que la consumación debe ser diferenciada de la terminación o agotamiento, ya que la primera no viene determinada por el hecho de que el autor haya alcanzado su propósito, sino que aquélla tiene ya lugar con el cumplimiento de la totalidad de los elementos del tipo. Menciona que existe un grupo de delitos en los que el resultado final o total es obtenido a través de acciones que ya no se corresponden en sentido formal con la descripción típica<sup>8</sup>. Ejemplificando lo expuesto, podría citarse el caso del funcionario que habiendo cometido subrepticamente un cohecho, se dedica posteriormente a realizar actos con los cuales se dispone a disfrutar o aprovechar el beneficio patrimonial indebido comprando bienes o pagando deudas que enriquecen su patrimonio, siendo éste el verdadero fin que anhela conseguir el agente a través de la comisión del acto delictivo.

Visto desde esta perspectiva, el enriquecimiento ilícito es un delito que está en conexión con otro previo realizado por el mismo autor que no puede ser acreditado. Para no dejar impune este hecho, el legislador ha decidido convertir en delito los actos que presume son post-delictivos de aprovechamiento de los efectos indebidos obtenidos por el autor, todo esto, con el fin de perseguir y contrarrestar los beneficios económicos derivados de los actos de corrupción pública. Por lo tanto, este delito se caracteriza por contener una conducta típica que representa la culminación de un iter criminis global de otro delito.

A nuestro juicio, el legislador ha estructurado la figura penal del enriquecimiento ilícito como un «delito de resultado con causalidad presunta» que vulnera principios de naturaleza penal y constitucional como el de *in dubio pro reo* al dar por sentada una relación de causalidad en la que no hay un cien por cien de certeza de que un acto disfuncional o corrupto del cargo ha sido el causante del enriquecimiento del funcionario, ahí que este tipo penal tropiece con la idea manifestada por GIMBERNAT de que en un Derecho penal democrático la atribución de resultados requiere certeza de causación, por lo que éste rechaza que se opere con sospechas y exige la seguridad y certeza<sup>9</sup>.

Igualmente, esta propuesta político criminal plantea inconvenientes con los criterios de imputación objetiva porque esta teoría exige, además de la relación de causalidad, una determinada relación de riesgo entre el resultado y una conducta peligrosa, lo que en otras palabras significaría el interrogante ¿ha influido realmente la conducta en el resultado ilícito descrito en el tipo<sup>10</sup>? En vista a que el resultado viene acompañado del predicado “ilícito”, es imprescindible saber qué es lo que el legislador ha entendido bajo tal expresión para determinar cuál ha sido su causa. Ya hemos matizado que el enriquecimiento ilícito es un delito contra el ejercicio de las funciones públicas que desde el punto de vista criminológico constituye un acto de corrupción, por lo que podría decirse sin temor a equívocos que este resultado tendría su causa –a los ojos del legislador– en la obtención de bienes procedentes de la comisión de un acto ilícito relacionado con el ejercicio del cargo público. Sin embargo, analizando las conductas típicas puede concluirse que estas no guardan relación con ningún acto funcional ilícito del funcionario ya que sólo se refieren a comportamientos que denotan actos de obtención de bienes y servicios o de cancelación de deudas u obligaciones que sobrepasan las legítimas posibilidades económicas del agente, lo cual desde un punto de vista fáctico ex ante, no pueden considerarse

<sup>7</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 410; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del Derecho penal*. op. cit. pág. 605; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal*. Tomo VII. op. cit. pág. 978-983.

<sup>8</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Op. Cit. Pág. 556. Así también, MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. op. cit. pág. 353.

<sup>9</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Ensayos penales*. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1999. pág. 215.

<sup>10</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad en Derecho penal*. ADPCP N° 15. Tomo III. Año 1962. pág.544.

conductas peligrosas para la función pública<sup>11</sup>. Por ello ABANTO VÁZQUEZ opina que el delito de enriquecimiento ilícito es una figura innecesaria, pues no parece describir un verdadero injusto penal, sino la mera sospecha de que un funcionario se ha enriquecido ilícitamente<sup>12</sup>.

En definitiva, no se discute que las conductas descritas en el tipo constituyan la causa del incremento del patrimonio del funcionario, pero no se puede afirmar que estas conductas representen objetivamente una situación de riesgo no permitido para el bien jurídico, ni materialmente sean adecuadas para producir el resultado prohibido en la ley. Bien precisa ROXIN que la imputación objetiva del resultado presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido<sup>13</sup>, circunstancia que no se visualiza en las conductas descritas en el tipo penal de enriquecimiento ilícito.

## 2. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y SU CONSIDERACIÓN COMO DELITO DE SOSPECHA.

En base a lo manifestado en el apartado anterior, puede afirmarse que tal como está configurado el delito de enriquecimiento ilícito la prohibición de enriquecimientos injustos en la función pública ha sido incluida en la legislación penal paraguaya a través de un delito de los llamados de sospecha. Para MANZINI los delitos de sospecha se concretan en un resultado, pero tal resultado, en vez de estar determinado por una acción o por una omisión individual, consiste en una apreciación hecha por la autoridad en base a determinados elementos establecidos por la ley<sup>14</sup>. Por su parte, RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ entienden a estos delitos como aquellos en los que a falta de prueba de la culpabilidad del sujeto activo se establece una presunción iuris et de jure, para determinados supuestos, de haber causado el resultado más grave que determina, a su vez, la imposición de una pena más severa<sup>15</sup>. MANTOVANI los define como aquellos que atañen a comportamientos en sí mismos ni lesivos ni peligrosos de algún interés, pero que dejan presumir la comisión no probada o la futura comisión de un delito<sup>16</sup>. SAINZ CANTERO sostiene que son aquellos en los que el legislador, al no poderse probar la culpabilidad por la producción de un resultado más grave, establece una presunción iuris et de jure de culpabilidad que lo imputa a quienes hayan realizado determinados hechos delictivos más o menos relacionados con aquél<sup>17</sup>.

Las definiciones aportadas por la doctrina no se identifican totalmente con las características que hemos atribuido al delito de enriquecimiento ilícito, pero de los muchos aspectos que si convergen amerita que igualmente se califique a este delito dentro de la

<sup>11</sup> Afirma ANARTE BORRALLA que la valoración del peligro de la conducta se lleva a cabo ex ante, en forma de pronóstico posterior eminentemente objetivo, que por lo tanto, toma como referente a un observador inteligente, aunque dotado del saber especial del autor antes del hecho. Es decir, se trata de trazar un pronóstico de acuerdo con los datos reconocibles ex ante en el momento de la ejecución de la conducta, acerca de su peligrosidad objetiva en orden a la producción del resultado (ANARTE BORRALLA, Enrique. *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva. Año 2002. pág. 207).

<sup>12</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado*. op. cit. pág. 293.

<sup>13</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 364. Así también, para ROMEO CASABONA sólo es imputable objetivamente un resultado ilícito causado por la conducta humana cuando esta conducta ha originado un peligro de la producción del resultado jurídicamente desaprobado y este peligro se ha realizado de hecho en el suceso causante del resultado concreto (ROMEO CASABONA, Carlos María. *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*. op. cit. pág. 45).

<sup>14</sup> MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho penal italiano. Según el código de 1930*. Volumen I. Editorial Artibus. Torino. Año 1933. pág. 561.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal español. Parte general*. 17ª Edición. Editorial Dykinson. Madrid. Año 1994. pág. 444.

<sup>16</sup> MANTOVANI, Fernando. *Diritto penale*. 2ª Edición. Editorial Cedam. Pádova. Año 1988. pág. 228.

<sup>17</sup> SAINZ CANTERO, José. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Tomo III. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1985. pág. 4.

categoría de los delitos de sospecha. Se aprecian dos diferencias importantes. La primera radica en que los autores citados sostienen que en los delitos de sospecha se establece una presunción *iuris et de jure* para determinados supuestos que no pueden ser probados; en cambio, el tipo penal de enriquecimiento ilícito contiene en su interior una presunción *iuris tantum* sobre los supuestos hechos ilícitos que producen el enriquecimiento cuya demostración resulta inviable por falta de pruebas, puesto que dicha presunción puede ser desvirtuada por el funcionario público si justifica con fuentes lícitas su excesivo aumento patrimonial. La segunda surge de las definiciones de RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ y SAINZ CANTERO quienes manifiestan que cuando no se puede probar la culpabilidad por la producción de un resultado más grave, la presunción recaería sobre aquella persona que haya realizado un hecho delictivo relacionado con aquél<sup>18</sup>. Por el contrario –tal como se verá más adelante–, el delito de enriquecimiento ilícito presume hechos que de ser probados serían ilícitos menos graves en atención a su marco penal.

En cuanto a los aspectos coincidentes, tanto en los delitos de sospecha como en el delito de enriquecimiento ilícito se presume la comisión de hechos que no pueden ser probados, ya sea por faltas de pruebas o algunas veces por la desidia e ineficacia del órgano encargado de la acción penal pública que hace imposible la persecución y condena de estos hechos<sup>19</sup>. Es decir, la posesión de un enriquecimiento injustificado suple la prueba de un determinado delito. Así también, el delito en estudio coincide con la definición propuesta de MANTOVANI, pues la conducta típica en él descrita no es idónea para vulnerar el bien jurídico tutelado, pero hace presumir la comisión de un delito no demostrable judicialmente<sup>20</sup>.

Se entiende por presumir, suponer una cosa cierta sin que esté probada o sin que nos cueste<sup>21</sup>. En ese sentido, la presunción es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos<sup>22</sup>. Hay dos clases de presunciones: las legales y las judiciales. En las primeras, sean *iuris et de jure* o *iuris tantum*, el legislador crea la presunción en la ley, y se considera definitivamente cierto el hecho o provisionalmente mientras no se suministre prueba en contrario. En las segundas, llamadas también “presunciones del hombre”, se considera, por lo general, ese hecho simplemente como probable, a menos que por basarse en una ley física inmodificable o por tratarse de varias deducidas de un conjunto de indicios graves, precisos y concordantes, otorgan

<sup>18</sup> Un claro ejemplo de este caso constituía el delito de detención ilegal previsto en el Art. 483 del derogado CPE que expresaba: “El reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acreditare haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor”. Esta figura criminal había sido calificada como un delito de sospecha, y consistía en no dar razón del paradero del detenido, al que se aparejaba una pena de reclusión mayor presumiéndose con inversión de la carga de la prueba el asesinato del detenido.

<sup>19</sup> En este sentido manifiesta LASCANO que en estos casos cabe reflexionar si este fenómeno obedece a una inhibición voluntaria de los jueces o, más bien, a una imposibilidad material derivada de la falta de preparación y experiencia de los operadores judiciales en la investigación y enjuiciamiento de los hechos de corrupción administrativa o de una deficiente infraestructura técnica adecuada a dicha delincuencia (LASCANO, Carlos. *Fuero especializado para la investigación y enjuiciamiento de la delincuencia económica y la corrupción administrativa*, en: Baigún, David; García Rivas, Nicolás (Coordinadores): *Delincuencia económica y corrupción*. Editorial Ediar. Buenos Aires. Año 2006. pág. 57).

<sup>20</sup> Según FERRAJOLI esta es una de las características que identifican a los delitos de sospecha. Este autor menciona que esta clase de delitos contienen tipos penales no consistentes en conductas consideradas por la ley en sí mismas como lesivas de bienes jurídicos, sino como suficientes, en circunstancias idóneas y acompañadas por determinadas condiciones personales como las de sospechoso o reincidente, para suscitar la sospecha de delitos cometidos pero no probados (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 6ª Edición. Editorial Trotta. Madrid. Año 2006. pág. 709).

<sup>21</sup> LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. *Las presunciones judiciales y los indicios*. 2ª Edición. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Año 2006. pág. 9.

<sup>22</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo II. 5ª Edición. Editorial Temis. Bogotá. Año 2002. pág. 678.

certeza sobre tal hecho<sup>23</sup>. Este tipo de juicio o razonamiento contiene tres elementos: a) un hecho indicio, b) un hecho presunto, y c) un nexo lógico<sup>24</sup>. El indicio es todo signo, rastro, vestigio, huella material o circunstancia del que se puede extraer la existencia de otro hecho<sup>25</sup>, debiendo ser plenamente acreditado con los mecanismos normales de demostración probatoria. El hecho presunto es el hecho consecuencia y se caracteriza por ser un hecho controvertido y desconocido, como también por ser un hecho distinto al indicio, pues se constituye a partir de éste. El nexo lógico es el vínculo entre el hecho indicio y el hecho presunto sobre la base de una regla de experiencia, ya que una vez acreditado el primero, permite afirmar que el segundo se ha verificado<sup>26</sup>.

Conviene reiterar que el delito de enriquecimiento ilícito contiene en su seno una presunción legal *iuris tantum* o relativa, lo que posibilita que el funcionario público pueda presentar prueba suficiente que haga desvirtuar la presunción que pesa en su contra. GARCÍA PÉREZ sostiene que en algunos casos existen preceptos que se cumplen una vez probados los elementos que sirven de base a la presunción aunque dejan abierta la posibilidad de refutar ésta por la actividad probatoria del acusado<sup>27</sup>. Como hemos señalado, el acto de justificación cumple un papel fundamental que condiciona la suerte del funcionario público, pues si no llega a proporcionar prueba suficiente y convincente que logre explicar el origen lícito de su enriquecimiento se considera consumado el delito que se le atribuye y se revalida la presunción de que el incremento patrimonial tuvo su origen en actividades ilícitas cometidas durante el ejercicio de sus funciones. Así, es el propio tipo penal el que determina el enlace entre indicios y hecho presunto, y si el tipo establece esta previsión es porque, según el legislador, existen máximas de experiencia conocidas y contrastadas que atribuyen fundamento suficiente a esta vinculación entre uno o más indicios y un hecho que se ha de considerar como cierto<sup>28</sup>.

Para comprender el valor que tiene la no justificación del funcionario en el delito de enriquecimiento ilícito resulta interesante el razonamiento de GARCÍA PÉREZ sobre el papel que juega la actitud omisiva del incoado en los delitos de sospecha: “los preceptos no siempre recogen la circunstancia presunta, sino que en algunos casos contienen ciertos elementos integrantes del tipo más la omisión de una conducta que en el fondo supone una regla de prueba. Estas omisiones constituyen presupuestos de la pena; problema distinto es su significación dogmática en la estructura de estos preceptos: en el funcionamiento de éstos el elemento presunto no juega ningún papel. Basta que se den los restantes elementos, que sirven de base simultáneamente a la presunción, y que no se realice la conducta que destruya la presunción para que tenga entrada la pena”<sup>29</sup>. Esto confirma a la exigencia de justificación como elemento

<sup>23</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. op. cit. idém. pág.

<sup>24</sup> ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Editorial Comares. Granada. Año 2007. pág.10. Al respecto, la STS 413/2004 d fecha 24 de mayo, sostiene que la presunción se conforma en torno a tres datos o parámetros: la afirmación base –el hecho demostrado–; la afirmación presumida –el hecho que se trata de deducir–; y el nexo de ambas afirmaciones con arreglo a un lógico criterio humano.

<sup>25</sup> PABÓN GÓMEZ, Germán. *Lógica del indicio en materia criminal*. Tomo I. 3ª Edición. Editorial Ibañez. Bogotá. Año 2007. pág. 451; ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *La prueba por presunciones*. op. cit. pág. 11 “El hecho indicio va a operar como el fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido. Dicho indicio va a consistir en un supuesto de hecho, distinto del hecho presunto, que es más fácilmente comprobable que éste o, simplemente, está comprobado”.

<sup>26</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho procesal civil*. 10ª Edición. Editorial Thomson-Reuters. Pamplona. Año 2010. pág. 378; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *La presunción legal de voluntariedad*. ADPCP N° 18. Año 1965. pág. 36.

<sup>27</sup> GARCÍA PÉREZ, Octavio. *Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP*. ADPCP N° 46. Año 1993. pág. 630.

<sup>28</sup> GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El decomiso transfronterizo de bienes*. Editorial Codex. Madrid. Año 2007. pág. 87.

<sup>29</sup> GARCÍA PÉREZ, Octavio. *Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP*. op. cit. pág. 631. RODRÍGUEZ MOURULLO afirma que la misma

normativo que sirve de base a la presunción<sup>30</sup>, el cual no tiene vinculación alguna con el aspecto subjetivo del autor. Por ello, cuando el funcionario público no justifica su excesivo enriquecimiento patrimonial se entiende realizada la conducta delictiva y cumplidos los presupuestos para la imposición de la pena.

Desde todo punto de vista debe cuestionarse la presunción que sostiene que todo funcionario público que llega a incrementar su patrimonio personal de modo excesivo e injustificado es porque ha cometido actos ilícitos de corrupción pública durante el desempeño de su cargo, como si fuera ésta una regla de experiencia casi absoluta, solamente refutable si el mismo posteriormente justifica con fuentes lícitas su mejoría patrimonial. No obstante, el ciudadano de un país en el que la corrupción es un tema cotidiano y sus instituciones públicas sufren constantemente sus consecuencias negativas llegaría a la misma conclusión que ha arribado el legislador, porque ve diariamente a cientos de funcionarios públicos procesados y condenados por delitos cometidos durante el desempeño de sus cargos, movidos por un afán desmedido e indebido de lucro cuyos resultados (recursos económicos indebidamente obtenidos) casi siempre van a parar a sus respectivos patrimonios. Al respecto es tajante SOLER al afirmar que los procedimientos por los cuales se produce el enriquecimiento son invariablemente delictivos en sí mismos, señalando en ese sentido a actos ilícitos contra las funciones públicas como son: el cohecho, la exacción, la negociación incompatible, el peculado, el abuso de la autoridad, la extorsión, la aceptación de dádivas, la venta de humo<sup>31</sup>.

El contexto social aludido nos viene a demostrar que el ciudadano común afectado por los efectos de la corrupción alberga en su mente con relación a la función pública una fuerte asociación entre criminalidad y bienes económicos obtenidos injustificadamente que llevaría a cualquiera a expresar la siguiente generalización presuntiva: si un funcionario público tiene un excesivo patrimonio que no puede justificar, lo más probable o habitual es que lo haya conseguido a través de actos ilícitos cometidos durante el ejercicio de su cargo. MOLINARIO refleja esta situación cuando manifiesta: “el delito de enriquecimiento ilícito proviene de la simple observación de grandes aumentos patrimoniales de algunos funcionarios y ocurridos tras pocos años en el desempeño de un cargo. Cuando no se conoce una razón legítima de tamaño aumento, la gente sospecha que el funcionario operó en forma non sancta”<sup>32</sup>. Si la gente –como dice el autor citado– llega a esta clase de conclusión es a consecuencia de lo que la experiencia le sugiere, es decir, le indica que es razonable pensar así porque es la posibilidad más habitual a ocurrir en una situación determinada. Por ello DÖRING señala que la experiencia parte de vivencias iguales o similares, no en ocasión del caso que se está investigando sino anteriormente. En parte, el saber experimental se apoyará en una vivencia colectiva de todo pueblo o de comunidades menores, que tanto en el operante como en muchas otras personas, se habrá condensado en determinados conocimientos<sup>33</sup>.

---

situación se presentaría en las presunciones legales relativas, en las que probado el hecho base y ausente una prueba en contrario, el juez debe deducir necesariamente la existencia del hecho presunto, aún cuando en el caso concreto le parezca muy improbable (RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *La presunción legal de voluntariedad*. op.cit. pág. 39).

<sup>30</sup> Este criterio no es compartido por DELITALA, quien afirma que la falta de justificación de la posesión en los delitos de sospecha no puede considerarse un elemento constitutivo del delito, como tampoco una condición de punibilidad del hecho -según la posición de Manzini-, sino más bien se trata de una causa de licitud que hace inexistente el delito si la posesión es justificada, y cuya prueba se pone a cargo del imputado (DELITALA, Giacomo. *El hecho en la teoría general del delito*. Traducido por Pietro Sferrazza Taibi. Editorail BdeF. Montevideo-Buenos Aires. Año 2009. pág. 162).

<sup>31</sup> SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Tomo V. op. cit. pág. 204.

<sup>32</sup> MOLINARIO, Alfredo. *Los delitos*. Editorial Tea. Buenos Aires. Año 1999. pág. 377.

<sup>33</sup> DÖRING, E. *La prueba. Su práctica y apreciación*. Ediciones Jurídicas Europa. Buenos Aires. Año 1972. pág.323.

Este esquema lógico no puede ser aceptado ya que parte de argumentos precipitados que no permiten la inclusión de otras posibles circunstancias de las que podrían derivar el excesivo enriquecimiento no justificado. Empíricamente el enriquecimiento puede provenir de una multiplicidad de conductas ilícitas no sólo derivadas exclusivamente del ejercicio del cargo<sup>34</sup>, sino también de delitos comunes<sup>35</sup>. Piénsese la posibilidad de que un funcionario público, una vez terminada su jornada de trabajo en la función pública, participa en un grupo delictivo dedicado a realizar hurtos o robos cuyos resultados le otorgan bienes que vienen a aumentar su patrimonio, pero como éstas riquezas no pueden ser justificadas y provienen de unos hechos delictivos que coinciden en el tiempo con la calidad de funcionario público de su autor, se presumen derivados de un ejercicio ilegal o deshonesto del cargo público. Por su parte FERREIRA DELGADO sostiene que el enriquecimiento puede ser fruto de actividades injustas o antiéticas, aduciendo que la medida de la ilicitud no es solamente el no haberse seguido por los cánones fijados en las leyes para incrementar su patrimonio, sino el haberlo logrado de manera antiética, con lo cual el juzgador adquiere un poder de valoración de este elemento compositivo del tipo de carácter abstracto<sup>36</sup>. En ese sentido, CARO CORIA menciona que existen códigos penales que prevén un campo de conexión más amplio que la mera relación funcional entre enriquecimiento y el ejercicio de la función pública, llegando a contemplar cualquier acto que exprese una ilicitud extrapenal, como se desprende del art.296.1 del código penal ecuatoriano que expresa: “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”<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> En derecho comparado existen legislaciones penales que exigen en la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito una relación funcional más intensa entre el enriquecimiento y el ejercicio de la función pública tal como se puede observar en Perú (art. 401 del CP): “El funcionario o servidor 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”; en México (art. 224 del CP): “Se sancionará a quien **con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público**, haya incurrido en enriquecimiento ilícito”; en Costa Rica (art. 45 de la Ley N° 8422/04): “Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, **aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos**, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interpósita persona física o jurídica”. En Brasil (Art. 9 de la Ley administrativa N° 8.429/92: “Constituye acto de improbidad administrativa importando enriquecimiento ilícito derivar cualquier tipo de ventaja patrimonial indevida **en razón del ejercicio del cargo, mandato, función, empleo u otra actividad** en las entidades mencionadas en el artículo 1 de esta ley”. Aunando más sobre la consideración de que el enriquecimiento ilícito es un delito de sospecha, el Decreto N° 2833 de la asamblea legislativa del El Salvador en su art. 7 es explícito en este sentido al definirlo diciendo “**se presume enriquecimiento ilícito** cuando el aumento del capital del funcionario o empleado... fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente, y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa justa”, y en cuanto a la relación funcional entre enriquecimiento y ejercicio del cargo público, agrega este tipo penal lo siguiente: “para la determinación del enriquecimiento ilícito del funcionario o empleado se tomarán en cuenta: ...3°) **la ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación adecuada con el enriquecimiento**”.

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis; OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *Delitos contra la función pública*. 2ª Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Año 2008. pág. 439. Para CARO CORIA no existe acuerdo en la doctrina sobre el tema, pudiendo derivar el incremento patrimonial de infracciones jurídicas extrapenales, es decir, civiles o administrativas principalmente, e incluso de delitos comunes (CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 204). También se manifiesta en este sentido RIQUERT, argumentando que el funcionario puede haber enriquecido su patrimonio de forma ilícita, pero no a expensas del Estado, sino por otro tipo de delitos (RIQUERT, Fabían Luis. *Instrumentos de Derecho internacional público iberoamericano para la prevención contra la corrupción*, en: Baigún, David; García Rivas, Nicolás (Coordinadores): *Delincuencia económica y corrupción*. op. cit. pág. 140).

<sup>36</sup> FERREIRA DELGADO, Francisco. *Delitos contra la administración pública*. Editorial Temis. Bogotá. Año 1982. pág. 147.

<sup>37</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 196.

Hay quienes mantienen el criterio de que el enriquecimiento pudo haberse originado en una actividad no amparada por el ordenamiento jurídico pero socialmente tolerable como la prostitución, admitiéndose la posibilidad de que un funcionario público (hombre o mujer) por las noches se dedique a la prostitución de alto nivel recibiendo en ese concepto considerables sumas de dinero que aumentan excesivamente su patrimonio, pero decide no justificarlos dado que su manifestación conculcaría su derecho a la intimidad<sup>38</sup>. Por último mencionamos a SANCINETTI quien mantiene la opinión de que las fluctuaciones patrimoniales del funcionario están sujetas a un *numerus apertus* de causas que pueden ser delictivas o no<sup>39</sup>. Ante todas estas posibilidades HERNÁNDEZ BASUALDO llega a la conclusión de que la función de la presunción no consiste en vincular de modo más o menos razonable ciertos hechos con la responsabilidad del acusado por un determinado delito, como sería el caso, por ejemplo, si de cierto tipo de contactos sospechosos entre un funcionario público súbitamente enriquecido y un particular sometido a su fiscalización se pretendiera colegir un delito de cohecho, sino que simplemente sirve de sucedáneo de una imputación que ni siquiera está en condiciones de ser formulada. Se trataría de la simple enunciación de una sospecha genérica, de haber cometido algún (cualquiera) delito. En definitiva, para este autor lo que se destaca en el delito de enriquecimiento ilícito es la total indeterminación de aquello que presume<sup>40</sup>.

De lo expuesto hasta ahora se deduce que cualquier delito que posea un contenido como el señalado en este apartado resulta censurable, y con razón GARCÍAS PLANAS dice que fundamentar criterios sobre meras presunciones es reprobable en materia penal, ya que ello conduce a soluciones a todas luces injustas<sup>41</sup>. Estas situaciones de injusticia se presentan desde un triple punto de vista. En primer lugar, si el funcionario público no justifica su excesivo incremento patrimonial se presume que su mejoría económica ha sido posible gracias a los beneficios obtenidos de la comisión de actos ilícitos contra la función pública, siendo que ese enriquecimiento pudo haber tenido su origen en un sinnúmero de causas lícitas o ilícitas. En segundo lugar, al ser fácticamente posible varias causas las que pueden provocar el excesivo enriquecimiento patrimonial no justificado, se estaría violentando el principio de culpabilidad porque no se está responsabilizando al funcionario público por un hecho en concreto, sino por meras sospechas, suspicacias o especulaciones que se elevan a la categoría de presunciones, siendo que la única presunción que se acepta en Derecho penal es la de inocencia. Y en tercer lugar, como el delito posee en su seno una presunción *iuris tantum*, la misma sólo puede ser desvirtuada si se presenta prueba suficiente y convincente que justifique el origen lícito del enriquecimiento, invirtiéndose la carga de la prueba en contra del funcionario público

<sup>38</sup> Aunque el funcionario público no pretenda ejercer este derecho constitucional que le corresponde, y decida explicar que su enriquecimiento patrimonial ha sido originado por ventajas patrimoniales de orden sexual, esta clase de justificación no podría aceptarse, pues como ocurre en la Ley brasilera de improbidade administrativa Nº 8.429/92, las ventajas económicas de índole sexual no se consideran fuente económica lícita, no porque la prostitución esté fuera del comercio, ya que esta actividad esta tan antigua como el hombre, sino porque tal práctica por si sola, no asume contornos propiamente patrimoniales. Sobre ello, Vid: GARCÍA, Emerson; PACHECO ALVES, Rogerio. *Improbidade administrativa*. op. cit. pág. 306.

<sup>39</sup> SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. pág. 68.

<sup>40</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno*, en: Bueno Arús, Francisco; Kury, Helmut; Rodríguez Ramos, Luis; Zaffaroni, Eugenio Raúl. (Directores): *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serranos Gómez*. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2006. pág. 799. Según DELITALA en los delitos de sospecha cuyo injusto se centra en la posesión de un patrimonio injustificado, si falta la presunción de un comportamiento culpable determinado, existe, sin embargo, una presunción de un comportamiento culpable indeterminado, por ello sostiene que la posesión injustificada de un patrimonio no puede ser considerada un delito de sospecha, sino una sospecha de delito (DELITALA, Giacomo. *El hecho en la teoría general del delito*. op. cit. pág. 165).

<sup>41</sup> GARCÍAS PLANAS, Gabriel. *Notas sobre el tratamiento de la riña tumultuaria en el código penal español y en la jurisprudencia*. op. cit. pág. 851.

violentándose así el derecho a la presunción de inocencia (se le considera culpable hasta que pruebe su inocencia)<sup>42</sup>.

Para concluir este apartado cabe acotar que el recurso a los delitos de sospecha no es nuevo en Derecho penal, ya que puede observarse en derecho comparado la existencia de ordenamientos jurídicos que ya habían utilizado esta técnica legislativa anteriormente. Los antecedentes de los delitos de sospecha sustentados sobre la base de un incremento patrimonial injustificado pueden encontrarse en las contravenciones destinadas a combatir la mendicidad del código francés de 1810, que según la edición oficial para el Reino de Italia en vigor desde el 1 de enero de 1811, el art. 378 decía: “Cada mendigo o vagabundo al que se le encuentre usando uno o más objetos de valor que exceda cien liras, y no justifique su origen, serán castigados según el art. 276 con penas de prisión de seis meses a dos años”<sup>43</sup>. Este precepto fue incluido posteriormente en el art.492 del código de Zanardelli titulado “De la posesión de valores injustificados”, como también en el art.708 del código penal italiano de 1930 denominado “La posesión de dinero u otra cosa de origen sospechoso”. Este último artículo expresaba: “Cualquier persona que, cumpliendo las condiciones personales indicadas en el artículo anterior<sup>44</sup>, es sorprendido en posesión de dinero, valores u otras cosas que no se adaptan a su condición y no justifica su origen, será castigado con prisión de tres meses a un año”.

El legislador italiano creó esta figura contravencional con el fin de reforzar los delitos que protegen la propiedad, puesto que con la pena establecida se intentaba desincentivar el robo, el hurto, el fraude, la apropiación indebida y cualquier otro delito relacionado. Así, la figura reprimida servía para hacer efectiva la ejecución de los delitos contra la propiedad o para hacer más fácil el descubrimiento de los mismos<sup>45</sup>. Según RANIERI la conducta incriminada consiste en poseer dinero u otro objeto de valor que no se corresponda con la condición económica del sujeto, y que éste no pueda justificar su procedencia. La falta de justificación es un elemento constitutivo de la contravención, ya que ésta no podría subsistir si el sujeto justifica el origen del dinero o del objeto de valor que posee. Para este autor la presunción de ilegitimidad del origen del objeto detentado surge de la cualidad personal del sujeto (que se determinaba por ser mendigo, por haber sido condenado anteriormente por delitos movidos por ánimo de lucro o por contravenciones relacionadas con la prevención de los delitos contra el patrimonio), pero podía ser desvirtuada con la prueba contraria de que el objeto tenía su origen en recursos económicos provenientes de la lotería o por razón de un trabajo lícito<sup>46</sup>.

En cuanto al ejercicio de la acción penal, sólo era suficiente un precedente de condena para iniciar el procedimiento penal en contra del sujeto sobre la base de esta contravención. Si bien la aplicación de este precepto resultaba ser bastante vejatoria y desproporcionada con

<sup>42</sup> DELITALA opina que en esta clase de delitos de sospecha hay una inversión de la carga de la prueba. Si el hecho no resulta justificado, la insuficiencia de pruebas no redundará en beneficio, sino en daño del imputado, sobre el que incumbe, así, la carga de la prueba de la legitimidad de la posesión (DELITALA, Giacomo. *El hecho en la teoría general del delito*. op. cit. pág. 162. cita N° 20).

<sup>43</sup> Coincide con ello PETROCELLI quien sostiene que la norma contenida en los delitos de sospecha constituye en realidad una reminiscencia de las odiosas y viejas leyes de policía del antiguo régimen (PETROCELLI, Biagio. *Principi di Diritto penal*. Volúmen I. 2ª Edición. Editorial Dott. Napoli. Año 1964. pág. 270).

<sup>44</sup> Esta expresión remitía al interprete al art. 707 que decía: “Quien después de haber sido condenado por determinados delitos movido por ánimo de lucro, o por contravenciones relacionadas con la prevención de los delitos contra el patrimonio o por mendicidad, o siendo amonestado o soportando una medida de seguridad personal o una caución de buena conducta, es descubierto en posesión de llaves, llaves alteradas o falsificadas, o herramientas para abrir o forzar cerraduras, de los cuales no puede justificar un destino actual de ellos, será castigado con prisión de seis meses a dos años”.

<sup>45</sup> PESSINA, Enrico. *Enciclopedia del Diritto penale italiano*. Volúmen X. Società Editrice Libreria. Milán. Año 1908. pág. 1031.

<sup>46</sup> RANIERI, Silvio. *Manuale di Diritto penal. Parte speciale*. Volúmen III. 2ª Edición. Editorial Cedam. Pádova. Año 1967. págs. 690 y 691.



relación al mendigo (en atención a los otros sujetos de la ley como los condenados por robo o hurto), el rigor de la ley podía ser atemperado por el juez en virtud de la amplitud que le otorgaba el marco penal, pudiendo aplicarle una pena más leve. Menciona PESSINA que el injusto de este precepto radica en no dar suficiente explicación en cuanto a la sospecha que recae sobre el sujeto. La presunción parte de las condiciones personales del sujeto, pero para desvirtuarla no era necesaria una prueba matemática del origen del dinero u objeto, centavo por centavo, ya que bastaba una suficiente para persuadir al juez que la fuente del dinero u objeto tenía un origen honesto, como por ejemplo, el trabajo<sup>47</sup>. Al respecto dice DELITALA que una vez comprobada la posesión de un patrimonio injustificado, el legislador, dados los precedentes poco recomendables del sujeto, presume que la adquisición es ilegítima, a menos que resulte la prueba de lo contrario<sup>48</sup>. En la actualidad este precepto ha quedado sin valor jurídico ya que el Tribunal Constitucional de la República Italiana lo ha declarado inconstitucional por Sentencia N° 370 de fecha 17 de octubre de 1996<sup>49</sup>.

### 3. EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y SU CONSIDERACIÓN COMO DELITO SUBSIDIARIO.

Hemos afirmado que una de las particularidades que caracteriza al delito de enriquecimiento ilícito es que su tipo penal presume la comisión de hechos no probados, por lo tanto, la razón de la pena que se impone radica en la sospecha de que si el funcionario no puede justificar el excesivo incremento de su patrimonio, es porque ha cometido actos de corrupción para conseguir su enriquecimiento utilizando para ello su cargo público. Tal sospecha se infiere del mismo tipo penal que introduce un elemento temporal que obliga a constatar que el enriquecimiento injustificado ha sido producido con posterioridad al inicio de las funciones públicas del autor.

Esta presunción proviene de un razonamiento lógico que cualquier ciudadano de acuerdo al sentido común se podría hacer: si los ingresos legítimos del funcionario público no le ofrecían una suficiente capacidad económica para solventar el valor de los bienes que incrementaron su patrimonio, entonces ¿de donde ha podido obtener los restantes recursos económicos con los que ha posibilitado tal resultado patrimonial? Dice SOLER que la sola circunstancia del cambio no aclarado de fortuna de los funcionarios públicos constituye en sí mismo un grave mal ejemplo en una república, porque la gente guiada por puro sentido común, sospecha de la coincidencia temporal entre el enriquecimiento y el desempeño de la función, especialmente si el hecho pasa en silencio, sin explicación alguna<sup>50</sup>. A esto hay que sumarle un hecho que refuerza aún más la presunción en cuestión, y es que los funcionarios públicos sólo reciben una única fuente de ingresos que son sus remuneraciones legales por desempeño del cargo, aunque excepcionalmente y dadas las circunstancias personales de cada uno, puedan tener otros ingresos compatibles con el ejercicio de la función pública.

Si se sigue esta misma idea, la tipificación de este delito ha conllevado la realización de un idéntico procedimiento lógico pues de constatarse la existencia de ciertos hechos que constituyen los elementos del tipo (excesivo enriquecimiento patrimonial con relación a las legítimas posibilidades económicas de un funcionario público y no justificado por él), se infiere la concurrencia de otro u otros presuntos no reflejados en la redacción del precepto legal porque no pueden probarse, los cuales serían actos ilícitos que estarían en contradicción con el correcto

<sup>47</sup> PESSINA, Enrico. *Enciclopedia del Diritto penale italiano*. op. cit. pág. 1039.

<sup>48</sup> DELITALA, Giacomo. *El hecho en la teoría general del delito*. op. cit. pág. 163.

<sup>49</sup> Vid: Sentenza della Corte Costituzionale n. 370, en: *Giurisprudenza Costituzionale*. Anno XLI-1996. Fasc. 6. Noviembre-diciembre. Casa editorial Antonio Giuffré. Milán. págs. 3351-3373; con comentarios de Gaetano Insolera (*Un deludente epilogo*) y Dario Micheletti (*Una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta» per «inadeguatezza» della tutela in materia di reati di sospetto*).

<sup>50</sup> SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. op. cit. pág. 205.

desempeño de un cargo público. De ahí que se le califique al enriquecimiento ilícito como *delito subsidiario*, ya que se aplica cuando no se puede probar los hechos ilícitos que se presumen cometidos durante el ejercicio de un cargo público y generarían los beneficios económicos que enriquecen el patrimonio del funcionario. Este esquema lógico puede explicarse a través del razonamiento que ha llegado CARRERAS sobre las presunciones legales. Según este autor, el carácter complementario de las normas sobre presunción, indica que la norma complementaria ha de tener forzosamente la misma naturaleza jurídica de la norma principal, ya que el legislador quiere ordenar la conducta de los destinatarios no sólo partiendo del supuesto de hecho genuino, sino, en su defecto, o caso de no tenerse certeza de él, del supuesto de hecho supletorio en que consiste el indicio<sup>51</sup>. Si trasladamos este razonamiento al delito de enriquecimiento ilícito se puede deducir que el legislador ha querido ordenar las conductas de los funcionarios público no sólo con los genuinos delitos de funcionario público que evitan un enriquecimiento indebido, es decir, el cohecho, la malversación de caudales, las exacciones ilegales, etc., sino también con otro delito de la misma naturaleza que se aplica en su defecto, y que se compone de supuestos de hecho relacionados con los delitos cuya comisión no puede probarse<sup>52</sup>.

En la doctrina latinoamericana existen varios autores que comparten este punto de vista. Así, DONNA sostiene que lo que sucede en este delito es que se sospecha que detrás de la riqueza de un funcionario hay otro delito y, como éste no se puede probar, se invierte la carga de la prueba y con ello se construye el tipo penal<sup>53</sup>. Para PABÓN PARRA es procedente el diseño de un tipo subsidiario simple, cuando, en consideración del legislador, la conducta incriminada no alcanza a configurar otras especies delictivas y, no obstante, merece represión o cuando simplemente decide salirle al paso a dificultades materiales de orden probatorio que puedan presentarse para estructurar cabalmente el tipo principal<sup>54</sup>. CARO CORIA admite que el enriquecimiento ilícito es un delito subsidiario partiendo de la consideración que se trata de un delito de peligro abstracto, y por lo tanto, sólo es aplicable en defecto de otros ilícitos contra la administración pública<sup>55</sup>.

SOLER es el que más nos clarifica la naturaleza subsidiaria de esta figura. Este autor señala la fundamentación que en Argentina se dio al proyecto de delito de enriquecimiento ilícito del año 1960 expresando: “La corrupción, la concusión, el peculado, las negociaciones incompatibles son delitos ejecutados ordinariamente de modo subrepticio y astuto, sirviéndose su autor de personas interpuestas y de simulaciones. Así resulta que la dificultad de la prueba concretamente referida a un hecho viene a determinar absoluciones que podríamos llamar escandalosas porque benefician a sujetos cuyo estado de fortuna ha cambiado ostensiblemente en el curso de pocos años de desempeño de la función pública sin que sea fácil señalar la procedencia ilícita de los bienes. Para salvaguardar esa dificultad, se ha dicho que lo más expeditivo consiste en crear una figura fundada en la presunción de ilicitud del enriquecimiento, contra el que no prueba la corrección del incremento patrimonial. En líneas de principios, esa fundamentación no es simpática en derecho penal; pero toda vez que es innegable la existencia de esa dificultad, parece prudente ver si sobre la base de otros principios menos dudosos es posible alcanzar un resultado prácticamente satisfactorio. En primer lugar, debe observarse que el escándalo efectivamente derivado de una de esas absoluciones fundadas en la falta de prueba

<sup>51</sup> CARRERAS, Jorge. *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*. RJC. Año 1962. pág. 534.

<sup>52</sup> CAMARGO, Pedro Pablo. *El delito de enriquecimiento ilícito*. Editorial Leyer. Bogotá. Año 2002. pag. 36 “La subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito de servidores públicos se pone en marcha para impedir que, por falta de demostración de uno o varios de los tipos de delitos contra la Administración Pública, estos queden en la impunidad”.

<sup>53</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la administración pública*. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. Año 2000. pág. 392.

<sup>54</sup> PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. op. cit. pág. 962.

<sup>55</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 108.

de la conexión entre una situación patrimonial y un hecho determinado, deriva de que la absolución se pronuncie aún cuando exista la evidencia de un efectivo enriquecimiento<sup>56</sup>.

De acuerdo a las citadas posturas, no existe duda que para la doctrina mayoritaria el tipo penal de enriquecimiento ilícito es de carácter subsidiario, pues se entiende que todo incremento patrimonial no justificado de un funcionario público necesariamente tiene su origen en cualquier acto ilícito contra el ejercicio de las funciones públicas que no puede demostrarse principalmente por razones de orden probatorio<sup>57</sup>, por estar prescripto o también por la ineficiencia de los órganos de persecución penal en la investigación de los hechos de corrupción y los vacíos legales que existen en materia de delitos contra el ejercicio de las funciones públicas<sup>58</sup>. Entonces, no habría reparos en afirmar que el fundamento político criminal o la ratio legis de esta figura criminal se centra en evitar que exista impunidad con respecto a la criminalidad llevada a cabo por los funcionarios públicos durante el ejercicio de sus cargos que se relaciona con la corrupción pública, a fin de apaciguar la intolerancia social producida por las reiteradas absoluciones judiciales de estos sujetos, que habiéndose detectado en ellos un excesivo e injustificado enriquecimiento patrimonial, el Estado no es capaz de probar el acto antijurídico que permite tal mejoramiento de riqueza.

Conforme a este orden de ideas, en el caso que nos ocupa habría un concurso aparente de leyes. MIR PUIG nos dice que existe un concurso de leyes cuando uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un bis in idem<sup>59</sup>. Este autor señala que la cuestión de qué norma es preferente y cuál debe quedar desplazada, depende de la interpretación de las distintas normas penales en juego<sup>60</sup>. Para ello la doctrina ha establecido determinados principios de solución del concurso de leyes entre los cuales se encuentra el principio de subsidiariedad que hace intervenir a un precepto penal cuando resulta inaplicable el precepto principal. El primer precepto es entonces subsidiario respecto del segundo y queda desplazado cuando éste aparece<sup>61</sup>. De acuerdo a como se ha apuntado, el delito de enriquecimiento ilícito presume que la riqueza injustificada del funcionario público proviene de actos ilícitos cometidos durante el ejercicio de su cargo público como pueden ser cohechos, malversaciones de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el cargo público o exacciones, debiendo en principio ser aplicados estos preceptos penales preferentemente, pero como no pueden probarse (factor de exclusión) se tendría que absolver al funcionario público si no existiera en la legislación penal la figura penal en estudio, la cual se aplica de forma subsidiaria operando como un tipo de recogida respecto de los preceptos preferentes inaplicados<sup>62</sup>. Esta característica atribuida al

<sup>56</sup> SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. op. cit. idém pág.

<sup>57</sup> ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. *El enriquecimiento ilícito. Aspectos jurídico-procesales*. op. cit. pág. 58.

<sup>58</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. op. cit. pág. 106 “El legislador ha creado un tipo que capta todas aquellas conductas en que el servidor haga uso de la función pública para enriquecerse y que escapan a las descripciones contenidas en los demás tipos del Título Décimo del Código Penal”.

<sup>59</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 646. ARCE AGGEO, Miguel Ángel. *Concurso de delitos en materia penal*. Editorial Universidad. Buenos Aires. Año 1996. pág. 157 “El concurso de leyes es una hipótesis configurativa de delito único por efecto del tipo, pero no por su ámbito continente o abarcativo, sino por efecto de las relaciones existentes entre los mismos, a las cuales denominamos “relaciones típicas”, puesto que se dan entre tipos penales”.

<sup>60</sup> Así también MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN expresan que en el llamado concurso de leyes no tiene nada que ver con un auténtico concurso, sino con un problema de interpretación para determinar la ley o precepto aplicable, cuando ante un mismo supuesto de hecho aparentemente son varios los preceptos que vienen en consideración, pero el desvalor que representa ese supuesto de hecho es abarcado por uno de los preceptos concurrentes cuya aplicación excluye la de los demás (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 466).

<sup>61</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 648.

<sup>62</sup> BÉJAR GARCÍA, Francisco Javier. *Concurso de leyes en Derecho penal*, en: Calderón Cerezo, Ángel (Director): *Unidad y pluralidad de delitos*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. Año 1995. pág. 19 “El precepto

delito de enriquecimiento ilícito se comprueba si razonamos lo expuesto a contrario sensu, es decir, si se demuestra con certeza que el funcionario público se enriqueció ilícitamente por la comisión de cohechos o exacciones, es obvio que se le iniciará una investigación penal por esos delitos y si se demuestra su culpabilidad será condenado con arreglo a éstos preceptos.

La subsidiariedad se distingue normalmente en tácita o material y expresa o formal. El delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04 sería un caso de subsidiariedad tácita o material, ya que la misma se deduce de la interpretación surgida de la conexión del sentido de los varios preceptos penales concurrentes de la que resulta que uno de ellos no puede ser aplicado<sup>63</sup>. La determinación por vía interpretativa se refuerza por el hecho de que el CPPyo no regula expresamente el concurso aparente de leyes, por lo que debe partirse de los aportes de la doctrina y de la jurisprudencia para elaborar las relaciones de conexión existentes entre los preceptos concurrentes<sup>64</sup>. Por otro lado, existen legislaciones penales en las que el legislador expresamente ha indicado en el delito de enriquecimiento ilícito el carácter prevalente del tipo primario en términos generales con frases “si el hecho no constituye otro delito”. Por ejemplo, el art.296.2 del código penal ecuatoriano expresa: 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*. Así también, el art.412 del código penal colombiano dice: “El servidor público que durante su vinculación con la Administración o dentro de los cinco años posteriores a su desvinculación, obtenga, para si o para otro, un incremento patrimonial injustificado, incurrirá, *siempre que la conducta no constituya otro delito...*”<sup>65</sup>. Estos preceptos penales contienen supuestos de autoexclusión al declarar su propia inaplicación en caso de que el hecho enjuiciado se corresponda otro delito<sup>66</sup>, y en ese sentido

---

subsidiario tiene una función de recogida respecto del principal, de modo que se aplica a los casos que no pueden enjuiciarse conforme a la norma principal”.

<sup>63</sup> SANZ MORAN, Ángel José. *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*. Editorial Universidad de Valladolid. Año 1986. pág. 124.

<sup>64</sup> Al comienzo del capítulo anterior hemos manifestado que el CPPyo es una copia más o menos exacta del CP alemán, y por ello podemos extraer la explicación dada por Jescheck del porqué el código alemán no regula el concurso de leyes. Según este autor el concurso de leyes (que él lo llama unidad de ley) no se menciona en la parte general porque, en definitiva, sólo es aplicada una norma penal a pesar de que en un principio son varias las disposiciones que parecen aplicables. Asimismo, tampoco se regula expresamente la cuestión de si distintas disposiciones penales se encuentran entre sí en una relación de unidad de ley, sino que tal aspecto debe ser contestado por medio de la interpretación de los tipos que entran en juego. A la vista de la inabarcabilidad de las disposiciones que se derivan de la legislación, con acierto, ha renunciado a fijar exteriormente por medio de reglas generales las distintas relaciones de concurrencia (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 789).

<sup>65</sup> Expresa VILLAMIZAR GUERRERO que si los bienes incorporados al patrimonio particular del funcionario provienen de otro delito contra la cosa pública, como sería el caso de la concusión, peculado, malversación, corrupción propia e impropia, etc., entonces no se estaría en presencia del delito de enriquecimiento ilícito, sino que el funcionario debe ser juzgado por cualquiera que sea el delito que se le imputa (VILLAMIZAR GUERRERO, Jorge. *Los delitos contra el patrimonio público. En la ley orgánica de salvaguardia*. op. cit. idém pág).

<sup>66</sup> Es importante destacar que en derecho comparado el art. 323 del Código penal italiano (reformado por Ley N° 234 de fecha 16 de julio de 1997) denominado «Delito de abuso de oficio», constituye otro caso de subsidiariedad expresa o formal. Este precepto dice: “Salvo que el hecho no constituya un delito más grave, el oficial público o el encargado del servicio que, en el desenvolvimiento de sus funciones o del servicio, y en violación de normas, de leyes o reglamentos, o bien absteniéndose en presencia de un interés propio o de un tercero o en los otros casos previstos, intencionalmente procura para sí o para otro ventaja patrimonial injusta, o provoca a otros un daño injusto, será sancionado con reclusión de seis meses a tres años”. Al respecto, SAVERIO FORTUNA sostiene que éste precepto contiene una clausula de subsidiariedad que tiene la función de asegurar la punición residual de todo comportamiento que significa un “abuso de un oficio público”, y comporta su no aplicación en el caso de que la conducta abusiva constituya al mismo tiempo un delito más grave. Además, manifiesta que la Corte de Casación de Italia ha enfatizado en varias oportunidades que la clausula entra en juego no solo cuando el hecho implica un abuso de poder (por ejemplo, peculado, corrupción o concusión), sino también cuando se encuadra en otro hecho criminal de diverso contenido (estafa, falsedades) agravado por el abuso del oficio (SAVERIO FORTUNA, Francesco. *I delitti controlla pubblica amministrazione*. Editorial Giuffrè. Milán. Año 2002. pág. 110). Así también,

CANCINO menciona que al tratarse de una norma residual, el juez o el funcionario de instrucción, por vía sistemática, debe necesariamente excluir todas las posibles variantes de preceptos preferentes antes de su aplicación<sup>67</sup>.

En conclusión se extraen tres premisas fundamentales. La primera, si existen elementos de prueba suficientes para encuadrar los hechos enjuiciados dentro de los delitos preferentes (que serían los clásicos delitos contra el ejercicio de las funciones públicas), deberán aplicarse éstos preceptos penales y no la figura del enriquecimiento ilícito. La segunda, la subsidiariedad supone la existencia de supuestos que pueden encuadrarse en distintas proposiciones jurídico penales que protegen un mismo bien jurídico en diversos estadios de ataque<sup>68</sup>. Y la tercera, es clara la intención del legislador de evitar a toda costa la impunidad de aquellos hechos ilícitos penalmente relevantes que se cometen en la función pública, los cuales son difíciles de probar y sancionar por razones de ineficiencia sustantiva (vacíos legales) y procesal (falta de pruebas). En consecuencia, ha creado un delito subsidiario que sólo incrimina un supuesto de hecho fácil de comprobar y común a todos los hechos de corrupción pública que es el beneficio patrimonial indebido e injustificado, cuya aplicación es una forma de evitar que la no concurrencia de determinados requisitos (de los preceptos preferentes) deje sin sanción un hecho que, de todos modos, puede ser sancionado por otro precepto (subsidiario) que no exige esos requisitos<sup>69</sup>.

#### 4. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

En los términos ya explicados en el apartado 7.1.1. del capítulo anterior, se ha puntualizado que el legislador ha decidido que el tipo penal de enriquecimiento ilícito sólo pueda ser cometido por un funcionario público según los parámetros normativos previstos en el art. 2 de la Ley N° 2523/04, es decir, toda persona que cumpla una función pública o tenga facultades de uso, custodia, administración o explotación de fondos, servicios o bienes públicos, cualquiera sea la denominación del cargo, o su forma de elección, nombramiento o contratación. Esta determinación implica una limitación del círculo de posibles autores a aquellas personas que posean las cualidades jurídicas, requisitos y circunstancias personales expresamente exigidas en la citada norma penal, lo que convierte al enriquecimiento ilícito en un delito especial.

La condición especial de la autoría esta dada por la vinculación del sujeto activo a una serie de determinados deberes y obligaciones que derivan de la particular posición o status que posee, los cuales exigen al detentador el cumplimiento de unos específicos estándares mínimos para el correcto funcionamiento de la función pública, por lo que a los ojos del legislador la realización del delito de enriquecimiento ilícito conlleva necesariamente el quebrantamiento de dichos deberes y obligaciones los cuales derivan del mandato constitucional de transparencia que todo funcionario público debe mantener en el ejercicio de su cargo público<sup>70</sup>. Por otra parte,

---

Vid: ROMANO, Mario. *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*- Artt. 314-335 *cod.pen.* 2ª Edición. Editorial Giuffrè. Milán. Año 2006. págs. 278-283.

<sup>67</sup> CANCINO, Antonio José. *Delitos contra la administración pública*, en: Lecciones de Derecho penal. Parte especial. 2ª Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Año 2011. pág. 146.

<sup>68</sup> ARCE AGGEO, Miguel Ángel. *Concurso de delitos en materia penal*. op. cit. pág. 171; SANZ MORÁN, Ángel José. *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*. op. cit. idém pág; BÉJAR GARCÍA, Francisco Javier. *Concurso de leyes en Derecho penal*. op. cit. pág. 15.

<sup>69</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 468.

<sup>70</sup> RUEDA MARTÍN sostiene que la autoría en este grupo de delitos especiales queda en consecuencia limitada a quienes tienen la competencia para el ejercicio de una función social o institucional en el que está involucrado esencialmente u ocasionalmente el bien jurídico en unas determinadas estructuras sociales o institucionales, y por ello tienen unas posibilidades de actuación y de dominio sobre la esfera del bien jurídico protegido. Un ejercicio incorrecto de la función, esto es, desviado de los fines a los que sirve, conducirá a la frustración del cumplimiento de la aludida función social o institucional en el que está involucrado el bien jurídico conforme a las expectativas

también hemos señalado que los delitos especiales se clasifican en propios e impropios, clasificándose el delito de enriquecimiento ilícito en el primer subgrupo en atención a que ésta figura penal no encuentra correspondencia con un delito común consistente en el mismo hecho pero cometido por una persona carente de la cualidad especial determinada en el tipo.

#### 4.1. Autoría directa o inmediata.

En los delitos especiales propios, la razón del castigo del autor reside no sólo en la realización de la conducta prohibida o en la no realización de la conducta mandada por la norma contenida en el tipo, puesto que cualquier contribución causal al resultado no fundamenta por sí la autoría<sup>71</sup>, sino que además debe haber un quebrantamiento de los deberes especiales que cualifican al mismo, circunstancias que hacen crear una situación intolerante peligrosa o lesiva para el bien jurídico. De esta manera, el sujeto que realiza la conducta descrita en el tipo y a su vez posea la calidad jurídica de funcionario público sólo puede ser considerado «autor» del delito de enriquecimiento ilícito<sup>72</sup> conforme a lo dispuesto en la primera parte del art. 29.1 del CPPyo que dice: “será castigado como autor el que realizara el hecho obrando por sí o valiéndose para ello de otro”. Esta postura coincide con lo manifestado por ROXIN de que sólo un *intrañeus* puede ser autor de los delitos de funcionario<sup>73</sup>.

Esta parte del artículo aludido se refiere al autor directo o inmediato quien es el que ejecuta por sí mismo la acción típica, aquel cuya conducta es subsumible sin más en el tipo de la parte especial<sup>74</sup>. BACIGALUPO sostiene que en este supuesto el dominio de la propia acción es indudable si el agente ha obrado con dolo y han concurrido los elementos objetivos y subjetivos (especial cualificación del autor y especial propósito del autor) requeridos en el tipo<sup>75</sup>. Así, puede decirse que el concepto de autor directo o inmediato previsto en la primera parte del art. 29.1 del CPPyo mantiene un criterio basado en la teoría del dominio del hecho capaz de subsumirse al delito de enriquecimiento ilícito, ya que el funcionario público es la «figura central del acontecimiento» porque domina y ejecuta el delito, en el sentido de que el transcurso y el resultado del hecho dependen exclusivamente de su voluntad (elemento volitivo) y ejecuta por sí mismo todos los elementos del tipo, pues es el único que tiene el dominio del hecho negativo –puede hacerlo fracasar–, y a la vez, el dominio positivo –tiene la decisión final de llevarlo a cabo–<sup>76</sup>.

Para la determinación de “quien es el autor” es necesario realizar una interpretación estricta de cada tipo penal, pero este requisito no es el único ya que la simple remisión a los tipos no es suficiente para determinar el concepto de autor, debiendo sumarse los criterios de imputación jurídica relativos a la autoría y participación previstos en la parte general de los

sociales, y con ello, conducirá a la lesión o peligro de éste (RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del código penal*. Editorial Comares. Granada. Año 2010. pág. 112).

<sup>71</sup> PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*. Editorial Comares. Granada. Año 1998. pág. 166.

<sup>72</sup> ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. *El enriquecimiento ilícito. Aspectos jurídico-procesales*. op. cit. pág. 64; DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. op. cit. pág. 137.

<sup>73</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. 7ª Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2000. pág. 386.

<sup>74</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*. 2ª Edición. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Año 2005. pág. 41; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario; ACALE SÁNCHEZ, María; NIETO MARTÍN, Adán; DEMETRIO CRESPO, Eduardo; PÉREZ CEPEDA, Ana. *Curso de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 384 “Autor principal o directo es el sujeto que domina la acción, realizando personalmente el comportamiento descrito en el tipo penal”.

<sup>75</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho penal*. op. cit. pág. 364.

<sup>76</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. op. cit. págs. 367 y sigtes.

códigos penales. La remisión a los tipos surge de la necesidad de cumplir con las exigencias del principio de legalidad, pero además sirve para diferenciar la figura del autor de la del partícipe, quien a diferencia de aquél no realiza un tipo de autoría, sino de participación en razón a que su conducta no puede subsumirse directamente en los preceptos de la parte especial. Por ello, en un código penal que establece un sistema diferenciador entre diversas formas de intervención entre autores y partícipes como es el CPPyo –arts. 29, 30 y 31–, es lógico que incluya preceptos que sirvan para ampliar el castigo de quienes no son autores según los tipos (es decir, a los partícipes), y también para ampliar el concepto de autor a otras formas de autoría que no se concilian con el autor directo derivado de los tipos (autoría mediata y coautoría)<sup>77</sup>.

#### 4.2. Autoría mediata.

La autoría mediata dice MORENO y BRAVO, es una forma de autoría, de modo que el autor mediato domina el hecho y posee las características especiales de la autoría<sup>78</sup>. Su esencia supone la realización del tipo penal a través de otra persona que actúa como instrumento. Aunque normalmente el autor mediato no efectúe una ejecución foral, siquiera parcial, del tipo de lo injusto, su posición frente al intermediario y al hecho permite fundamentar la realización del delito<sup>79</sup>. En Derecho penal existe el principio llamado «principio de propia responsabilidad» que impide aplicar las consecuencias del delito a una persona por conductas ajenas, por lo que cada interviniente debe responder por los hechos que comete y no por los que hacen los demás partícipes. El CPPyo adopta este principio en el art. 33 que dice: “cada participante en el hecho será castigado de acuerdo a su reprochabilidad, independientemente de la reprochabilidad de los otros”. Este principio constituye una regla jurídica que permite afirmar que en general, cuando el ejecutor material decide de forma autónoma sobre la ejecución del hecho, la persona de detrás es en principio un partícipe porque la realización del hecho depende en último término de la decisión del autor, quien es el que tiene el domino del riesgo. Cuando el autor de adelante realiza el hecho de forma dolosa es plenamente responsable del mismo y de esta forma interrumpe una posible relación de autoría con el hombre de detrás<sup>80</sup>.

Entonces surge la interrogante de en qué casos existe una relación entre el autor inmediato u hombre de adelante, con el hombre de detrás, y se entienda que el hecho corresponde a éste último aunque no haya tomado parte en su ejecución material. La doctrina considera necesaria para la autoría mediata la presencia de al menos dos personas concurrentes a la comisión del tipo penal y como mínimo una de ellas ha de estar instrumentalizada en relación con la otra. La figura del autor mediato se encuentra prevista en el art.29.1 del CPPyo, conectando la primera parte de dicho precepto “será castigado como autor el que realiza el hecho”, con la segunda parte “valiéndose para ello de otro”<sup>81</sup>. Sin embargo, el legislador no ha concretado los presupuestos necesarios de esta forma de autoría, dejando margen a la interpretación para el establecimiento y desarrollo de los mismos. Las formas en las que el sujeto de detrás puede prevalecerse o instrumentalizar a una persona para cometer un delito a través de ella, han sido propuestas con especial relevancia en la construcción del dominio de la voluntad de la teoría del dominio del hecho de ROXIN siendo éstas:

<sup>77</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en derecho penal*. Editorial PPU. Barcelona. Año 1991. pág. 711.

<sup>78</sup> MORENO Y BRAVO, Emilio. *Autoría en la doctrina del tribunal supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*. Editorial Dykinson. Madrid. Año 1997. pág. 67.

<sup>79</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en Derecho penal*. Editorial Comares. Granada. Año 1996. pág. 80.

<sup>80</sup> BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en Derecho penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2000. pág. 140.

<sup>81</sup> A través de la segunda parte del Art. 29, el CPPyo reconoce expresamente esta forma de autoría, no otorgándole un simple valor declarativo, sino que por medio del mismo se puede desarrollar un concepto general de autor mediato que tendrá que ser conectado en función de las particularidades de cada tipo de delito y que, en ningún caso, podrá rebasar los límites establecidos en los tipos de la parte especial.

a) El dominio de la acción por parte del instrumento: El sujeto de adelante debe realizar los elementos objetivos del tipo, es decir, el ejecutor directo tiene el dominio del hecho<sup>82</sup>, pues si el sujeto de detrás los realiza se trataría de una autoría directa o inmediata. Lo cierto e importante es que el instrumento actúe, siendo esta actuación no sólo una mera condición de la aparición del resultado, sino que es un elemento imprescindible para que la acción del sujeto de detrás pueda lesionar el bien jurídico.

b) El dominio de la voluntad: Este es el rasgo que más caracteriza a la autoría mediata y dicha denominación deriva en que, a diferencia de la realización típica de propia mano que fundamenta la autoría, en la autoría mediata se trata de casos en los que falta precisamente la acción ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de la voluntad rectora<sup>83</sup>. Así, el dominio del hecho en virtud del poder volitivo configurador del curso del hecho cabe imaginarlo mediante la utilización de un agente no libre, situación que puede ocurrir cuando: a) el sujeto de detrás ejerce una considerable coacción o presión motivadora sobre el ejecutor, b) el sujeto de detrás se sirve de quien sufre un error, o sea, se encuentra en situación de superioridad intelectual *in concreto* con respecto al que obra directamente<sup>84</sup>, c) si emplea para la realización del hecho a enfermos mentales o menores, es decir, inimputables, y d) domina el curso del suceso con el auxilio del poder superior de un aparato organizativo que tiene a su disposición<sup>85</sup>. Por medio de estas formas de instrumentalización el sujeto de detrás se sirve del sujeto de adelante para realizar sus fines porque no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del autor mediato, con lo cual aparece como una herramienta en las manos de aquél. Lo relevante está dado por la voluntad del hombre de detrás que aprovecha tal situación en razón a su mayor inteligencia, fuerza o status diferente con relación al ejecutor<sup>86</sup>.

En los delitos especiales la cualidad jurídica exigida constituye un requisito de la autoría de un tipo, y por ello, es un límite tanto para la autoría mediata como para la directa. Señala HERNÁNDEZ PLASENCIA que no hay obstáculo alguno para fundamentar la autoría mediata cuando un *intraneus* instrumentaliza, mediante coacción o error, a un *extraneus* para que realice la conducta típica pues el sujeto de detrás no sólo realiza el hecho a través de otro, sino que también reúne la condición personal exigida por el tipo<sup>87</sup>. Es así que desde la teoría del dominio del hecho, hoy por hoy prácticamente nadie se opone a la admisión de la autoría mediata del *intraneus* que utiliza a un *extraneus* para ejecutar el hecho en los delitos especiales, siempre que el *intraneus* emplee “coacción o engaño” sobre el *extraneus*<sup>88</sup>.

La doctrina en su gran mayoría ha guardado un discreto silencio sobre la aplicabilidad de la autoría mediata en el delito de enriquecimiento ilícito. No obstante, hay quienes la aceptan aunque sin precisar sus motivos<sup>89</sup>, y otros que sólo se limitan a dar ejemplos teóricos sin apoyo en la jurisprudencia. Así, DÍAZ ARANDA considera la autoría mediata en el delito de enriquecimiento ilícito siempre que el sujeto de detrás posea la cualidad jurídica de funcionario

<sup>82</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. op. cit. pág. 167.

<sup>83</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. op. cit. pág. 166.

<sup>84</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA indica que en los casos de error, el instrumento desconoce las circunstancias objetivas entre las que se desenvuelve su actividad, o bien el sentido o la transcendencia jurídica de su actuación, factores ambos que permiten al sujeto de detrás utilizarle para lesionar un bien jurídico (HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en Derecho penal*. op. cit. pág. 171).

<sup>85</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. op. cit. idém pág.

<sup>86</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*. op. cit. pág. 45.

<sup>87</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en Derecho penal*. op. cit. pág. 306.

<sup>88</sup> BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en Derecho penal*. op. cit. pág. 407; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en Derecho penal*. Editorial BdeF. Montevideo- Buenos Aires. Año 2006. pág. 200; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 386; BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho penal*. op. cit. pág. 375; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*. Editorial Akal. Madrid. Año 1996. pág. 59; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*. op. cit. pág. 730.

<sup>89</sup> ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. *El enriquecimiento ilícito. Aspectos jurídico-procesales*. op. cit. pág. 64.



público y utilice a un sujeto en calidad de instrumento actuando forzado o con error. Este autor nos ofrece el caso del agente del ministerio público que envía a su secretario a realizar inversiones a nombre de éste en la casa de bolsa propiedad de un sujeto cuyas conexiones con el narcotráfico no han podido demostrarse, pese a las investigaciones realizadas. Transcurrido cierto tiempo, las acciones adquiridas experimentan un incremento exorbitante. Para que el secretario pueda considerarse instrumento deberá desconocer las presuntas actividades ilícitas del dueño de la casa de bolsa, pues en caso contrario nos encontraremos ante un partícipe del delito<sup>90</sup>. Otro ejemplo sería el funcionario público que merma de tal forma la voluntad de otro funcionario público para que éste realice unos hechos ilícitos que de acuerdo al plan del sujeto de detrás no puedan ser comprobados y cuyos resultados incrementan el patrimonio del coaccionado, para luego solicitarle dentro del mismo estado de coacción la integridad de los bienes ilícitos obtenidos.

Según nuestra opinión, de acuerdo a la estructura del delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04 resultan inadmisibles los supuestos de autoría mediata. Hemos señalado en esta investigación que el enriquecimiento ilícito es un delito subsidiario que se aplica cuando otros delitos contra la función pública que supuestamente constituyen el origen del enriquecimiento patrimonial del funcionario público no pueden probarse judicialmente. De esta manera, en los casos arriba planteados la autoría mediata no se daría en las conductas típicas de enriquecimiento ilícito, sino respecto de los supuestos hechos delictivos previos que producen la mejoría patrimonial del funcionario público, y que por ser presuntos no se identifican, circunstancia que bien se describe en los ejemplos expuestos ya que el instrumento interviene en “hechos que no han podido demostrarse”. Es claro que si se demuestra el delito previo que da origen al incremento patrimonial, la responsabilidad del autor mediato se determinará por los contornos de ese ilícito penal y no por el delito de enriquecimiento ilícito. Cabe insistir que el delito de enriquecimiento previsto en la legislación paraguaya solo castiga al funcionario público que incrementa su patrimonio de forma excesiva e injustificada, y aunque algunos autores acepten en el plano teórico que un funcionario público pueda utilizar a un sujeto instrumentalizado (bajo coacción o error) para conseguir –con dinero presuntamente ilícito– que éste adquiera bienes a su nombre pero sobre los cuales el sujeto de detrás ejerce un relación de poder, en el plano de la realidad es difícil que esto suceda. Es más, casos de autoría mediata en el delito de enriquecimiento ilícito no han sido planteados ante los tribunales penales, por lo que en la jurisprudencia no existe pronunciamiento jurídico al respecto.

### 4.3. La coautoría.

El art.29.2 del CPPyo se refiere a la coautoría de la siguiente manera: “También será castigado como autor el que obrara de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización”. La coautoría como forma de autoría<sup>91</sup> también se define por el principio de referencial al tipo: por coautores sólo pueden responder quienes hayan co-realizado el tipo penal. De esto surge el castigo de los coautores con la particularidad de que la conducta típica que ha sido prohibida o mandada por considerarse peligrosa o lesiva para un bien jurídico se realiza de forma conjunta y consciente por varias personas a las que les pertenece y comparten la realización del tipo. PÉREZ ALONSO define al co-autor como quien lleva a cabo en la fase de ejecución una contribución imprescindible y funcionalmente adecuada, en base al principio de división del trabajo y de una decisión común, para la realización del tipo penal conforme al plan global del hecho. Si el concepto restrictivo de autor se refiere y se fundamenta en la realización del tipo, de esta definición se deduce que el

<sup>90</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. op. cit. pág. 138.

<sup>91</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. op. cit. pág. 158 “La coautoría es una forma independiente de autoría junto a la simple. La coautoría es autoría. Por eso cada coautor ha de ser autor, esto es, poseer las calidades personales (objetivas y subjetivas) de autor”.

dominio funcional del hecho típico se compone de dos elementos esenciales: la ejecución y la decisión conjunta del hecho, y junto a ellos la concurrencia de las cualidades personales y especiales que puedan exigirse en el tipo para ser coautor idóneo, así como los elementos subjetivos de lo injusto<sup>92</sup>.

a) Primer requisito: “El dominio compartido del hecho”. No toda contribución en el hecho con división del trabajo constituye coautoría, ni tampoco lo forma el hecho de sentirse como tal o planear el hecho o establecer sus consideraciones previas, sino como dice ROXIN, co-autor es el interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido<sup>93</sup>.

b) Segundo requisito: “Decisión conjunta al hecho o acuerdo mutuo”. La coincidencia de voluntades o la resolución conjunta al hecho es un elemento imprescindible de la propia esencia de la coautoría basada en el principio de división del trabajo. La distribución de funciones sólo se puede llevar a cabo por acuerdos entre los que tienen el co-dominio del hecho<sup>94</sup>. Para que la imputación recíproca de las contribuciones, que es el principio directriz de la coautoría pueda tener lugar, es preciso el mutuo acuerdo que convierte en partes de un plan global unitario a las distintas aportaciones.

En el delito de enriquecimiento ilícito todas aquellas personas que intervengan en calidad de coautores deben reunir la cualidad jurídica de funcionario público, pues, si en uno de ellos falta dicha cualidad su conducta será atípica en atención a que se trata de un delito especial. DÍAZ ARANDA nos ofrece el ejemplo del grupo de diputados cuyo voto es decisivo para la aprobación de una nueva ley ecológica que obligaría al cierre de diversas empresas altamente productivas. Antes de emitir su voto reciben una oferta para comprar una nueva serie de acciones cuya ganancia esta asegurada, motivo por el cual convienen en adquirir dichas acciones a nombre de terceros, y en emitir, cada uno de ellos, un voto contrario a la iniciativa de ley. Aquí, cada uno de los legisladores tiene el dominio del hecho respecto de su voto pero es co-autor en relación con los demás porque sólo en su conjunto podrán lograr que dicha iniciativa no prospere y, en consecuencia, pueda dar origen a su futuro enriquecimiento<sup>95</sup>.

En Perú, CARO CORIA afirma que desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber no puede hablarse en estricto de una coautoría entre intraneus, sino a lo sumo de una autoría accesoria<sup>96</sup>. Esa misma tesitura mantiene GÁLVEZ VILLEGAS quien entiende que el enriquecimiento ilícito es un delito de infracción de deber y no resulta aplicable para determinar la coautoría el dominio funcional del hecho, porque aún cuando dos o más personas se pusieran de acuerdo para realizar el delito infringiendo cada una de ellas su especial deber frente a la administración pública no conseguirían realizar la conducta de enriquecimiento en forma conjunta, dado que al incorporar los bienes, derechos o activos a su patrimonio o asumir la

<sup>92</sup> PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*. op. cit. pág.218.

<sup>93</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. op. cit. pág. 311.

<sup>94</sup> MORENO Y BRAVO, Emilio. *Autoría en la doctrina del tribunal supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*. op. cit. pág. 57 “El co-dominio del hecho es una consecuencia de una decisión conjunta del hecho. Mediante esa decisión conjunta o común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al mismo; uno de los autores sostiene a la víctima y el otro la despoja de su dinero; cada aporte está conectado al otro mediante la división de tareas acordadas en la decisión conjunta”.

<sup>95</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. op. cit. pág. 140. Para entender este ejemplo es necesario señalar que la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito previsto en el CP mexicano exige una relación funcional más intensa entre el enriquecimiento y el ejercicio de la función pública, es decir, debe existir ciertos indicios que denoten que el enriquecimiento deriva de una desviación funcional del funcionario público (la compra de votos que enriquece el patrimonio de los diputados, que sería un caso de cohecho), pero ésta no puede ser constatada por falta de pruebas que demuestren su comisión.

<sup>96</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 229.

titularidad de los mismos ya estarán realizando un hecho individual, y por tanto, cada uno realizará su propio enriquecimiento y su propio delito en calidad de autor directo, inmediato o ejecutivo<sup>97</sup>.

La teoría de los delitos de infracción de deber presenta muchos inconvenientes porque estaría en confrontación con principios fundamentales del Derecho penal (especialmente con el principio de legalidad), que en el siguiente apartado serán abarcados. Sin embargo, desde el punto de vista del dominio funcional del hecho sí que es factible en determinados casos la coautoría en el delito de enriquecimiento ilícito, puesto que cabría aceptar que dos funcionarios público esposos que comparten una misma realidad patrimonial (se han casado bajo el régimen matrimonial de comunidad de gananciales), de acuerdo a un previo acuerdo común, realizan cada uno de ellos actos parciales consistentes en la adquisición de bienes que independientemente no revisten significancia económica, pero tomados todos los actos en su conjunto, el valor de los mismos supera excesivamente las posibilidades económicas que presenta la situación económica-financiera de ambos cónyuges. En este ejemplo es patente la interdependencia funcional de cada acto parcial ejecutivo realizado por cada cónyuge, de manera que si uno de los intervinientes no realiza su acción de acuerdo al plan previsto, no sería posible materializar el fin propuesto de enriquecerse (incrementar sustantivamente el patrimonio conyugal), ya que cada acto de obtención de bienes en cuanto a su valor no es suficiente para alcanzar dicho resultado.

#### 4.4. La intervención de particulares en los delitos especiales.

Una de las cuestiones más debatidas en el ámbito del estudio de los delitos especiales en la actualidad se circunscribe a los problemas resultantes de la participación en el hecho típico de sujetos que no poseen los elementos, características, propiedad, cualidades o relaciones especiales que exige el tipo penal que caracterizan a los autores de los delitos especiales o *intraneus*<sup>98</sup>, y como así también, la cantidad de pena que deberían recibir estos partícipes a quienes la doctrina ha denominado *extraneus*.

El delito de enriquecimiento ilícito es un delito especial propio, y por lo tanto, describe una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos –funcionarios públicos- que son cualificados por el tipo, de modo que los demás que la ejecuten no pueden ser autores ni de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta<sup>99</sup>. Esta caracterización trae dos efectos fundamentales: a) todos los intervinientes en el hecho, tanto los *intraneus* como los *extraneus* deberán responder por el mismo título de imputación, que es el delito cometido por el autor cualificado, y b) en los supuestos de participación de un *extraneus* en un delito especial propio, el sujeto no cualificado nunca podrá ser autor y sólo deberá responder como partícipe en el delito especial<sup>100</sup>. Como consecuencia de lo último se desprende una premisa importante a ser destacada: la participación de sujetos no cualificados en un delito especial es posible y punible, lo que en otras palabras significa que los *extraneus* pueden intervenir en un delito especial como instigadores o cómplices.

Esta afirmación tiene una principal implicancia en los casos de autoría mediata, puesto que impide que un *extraneus* sea considerado autor mediato en vista a que esta forma de autoría exige que concurra en el hombre de detrás la específica cualificación expresada en el tipo del correspondiente delito. En este sentido dice GIMBERNAT que es evidente que quien no

<sup>97</sup> GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 177.

<sup>98</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales*. op. cit. pág. 395.

<sup>99</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 231.

<sup>100</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales*. op. cit. pág. 454. El mismo, en: *Delito especial con autor inidóneo. ¿Tentativa punible o delito putativo?* Editorial Dykinson. Madrid. Año 2006. pág. 77.

pertenezca a esta clase (un *extraneus*) no puede cumplir en absoluto el tipo ya que el requisito especial exigido es personal e intransmisible. Si un *extraneus* utiliza a un funcionario como instrumento, no por ello se convierte aquél en autor mediato del delito especial, pues falta un elemento típico en el aspecto personal<sup>101</sup>. Esta postura es adoptada por unanimidad en la doctrina.

Pero los problemas surgen en el caso contrario, cuando el ejecutor es un *extraneus* y el funcionario público, según las reglas generales, no podría ser más que un partícipe. Aquí el funcionario público se sirve de un sujeto no instrumentalizado, lo que en otras palabras significa que no actúa bajo error ni forzadamente. El *extraneus* actúa con dolo y tiene el dominio del hecho, pero no tiene la calificación requerida por el tipo (funcionario público), y por otro lado, el *intraneus* que sí posee la calificación, sin embargo, no tiene el dominio del hecho. En estos casos no habría otra opción que aceptar que el *extraneus* no puede ser autor precisamente por la ausencia en su persona de la calificación, y el calificado no puede ser considerado partícipe porque de acuerdo al principio de accesoriedad limitada necesita la autoría del primero. Así, se llega a la conclusión de que ambos comportamientos resultan atípicos.

Para evitar la impunidad resultante en el caso citado, parte de la doctrina ha desarrollado la teoría del *instrumento doloso no cualificado* que admite que el *intraneus* responde como autor mediato del delito especial propio, mientras que el ejecutor material o instrumento doloso no cualificado es considerado cómplice del delito especial. Esta posición ha sido mantenida por distintas construcciones doctrinales a partir de la teoría del dominio del hecho (teoría de dominio normativo de Gallas, teoría del dominio social de Welzel, y teoría del dominio normativo-psicológico del hecho de Jescheck), pero todas han sido rechazadas por no ofrecer fundamentos teóricos ni legales para fundamentar la autoría mediata del hombre de detrás cualificado cuando se sirve de una persona que no es un mero instrumento sino plenamente responsable<sup>102</sup>.

ROXIN cree poder solucionar los casos de realización del hecho a través de un instrumento doloso no cualificado por medio de su “teoría de los delitos de infracción de deber”. El punto central de su teoría parte de que no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta lo que convierte a un sujeto en autor: más bien es el deber específico de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría. El elemento que decide la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas<sup>103</sup>.

En la coautoría esta teoría posee contornos notablemente diferentes al dominio del hecho. En lugar de imbricación de las aportaciones al hecho en fase ejecutiva, se da la determinación del resultado por el quebrantamiento conjunto de un deber común. ROXIN cita el ejemplo de dos sujetos que administran conjuntamente un patrimonio y deciden planear embolsarse los caudales a su cargo. En la ejecución, sin embargo, la transacción decisiva la lleva a cabo uno sólo de los administradores, mientras que el otro sólo llega a actuar en la fase preparatoria o favorece al plan. Ambos tienen que ser autores –dice este autor–, pues el que se limita solo a auxiliar también infringe el “deber de salvaguardar” intereses patrimoniales ajenos

<sup>101</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en Derecho penal*. op. cit. pág. 200.

<sup>102</sup> Con respecto al fundamento y críticas sobre estas teorías, Vid: BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en Derecho penal*. op. cit. págs. 409-415; HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en Derecho penal*. op. cit. págs. 309-314; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*. op. cit. págs. 601 y 602.

<sup>103</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. op. cit. págs. 386 y 387.

que le incumbe, infligiéndole así un perjuicio a aquellos por cuyo intereses debían velar<sup>104</sup>. El ámbito de la coautoría se encoge notablemente, pues sólo cabe hablar de carácter común cuando varias personas se encuentran sujetas a un mismo y único deber. La coautoría decae allí donde la obligación se limita por su naturaleza, a aquel individuo que sólo está sujeta a ella; por lo tanto, si dos personas deben satisfacer alimentos a un niño y ambas se sustraen al cumplimiento de dicha obligación, se les considerará autores accesorios, puesto que cada uno quebranta una obligación personal e individual. En cambio, se dará coautoría allí donde determinado ámbito de asuntos esta confiado a varias personas a la vez, por lo que ha de estimarse esta forma de autoría siempre que alguien, de acuerdo a otros obligados, y mediante “cualquier aportación” al hecho, incumpla las funciones que le están encomendadas<sup>105</sup>.

En la autoría mediata, de acuerdo a la teoría de los delitos de infracción de deber, basta que el individuo cualificado sujeto a una relación de deber deje la ejecución de la acción a una persona que se encuentre al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría. Así, través de la misma, los problemas suscitados con el instrumento doloso no cualificado encuentran una solución satisfactoria: el funcionario que sin tener el dominio del hecho, determina a un *extraneus* a realizar el resultado jurídicamente desaprobado es autor mediato, puesto que, vulnerando el deber especial extrapenal que le incumbe, ha determinado el menoscabo del bien jurídico descrito en el tipo. En cambio, el *extraneus*, a pesar de su dominio del hecho, es cómplice<sup>106</sup>. Esto último se debe a que si alguien se encuentra fuera de la situación de deber específica relevante para el tipo sólo tiene primariamente el efecto de que, al margen de la intensidad de su auxilio, no pasa de ser partícipe. De ahí que la condena más leve para el *extraneus* obedece a meras consideraciones de merecimiento de pena que, en absoluto, tienen que ver con la autoría<sup>107</sup>.

No podemos compartir la teoría de los delitos de infracción de deber porque contraviene principios penales como el de legalidad y la esencia misma de todo sistema penal basado en un concepto restrictivo de autor. En primer lugar, se objeta que la aplicación de esta teoría conlleva necesariamente un concepto unitario de autor<sup>108</sup>. Señala LÓPEZ BARJA DE QUIROGA que en toda intervención de un *intraneus* no habrá lugar para la distinción entre autoría y participación, en el sentido de que desaparece las posibilidades de apreciar inducción o complicidad del propio *intraneus*<sup>109</sup>, pues la simple infracción del deber determina ya la autoría, respondiendo todos los intervinientes como autores con independencia de su objetiva contribución al hecho<sup>110</sup>. Por lo tanto, puede decirse que la teoría de los delitos de infracción de deber pasa por encima el principio de accesoriadad de la participación. En segundo lugar, se objeta que esta teoría pretende convertir al Derecho penal en accesorio de otras ramas jurídicas del ordenamiento jurídico. Si el deber es de naturaleza extrapenal, ello lleva a reconocer el carácter accesorio del Derecho penal de otros ordenamientos como el administrativo o civil<sup>111</sup>. En tercer lugar, se objeta que esta teoría infringe el principio de legalidad, puesto que este principio prohíbe que se considere a las acciones de inducción o complicidad, acciones de autoría si el código penal no lo dice expresamente<sup>112</sup>. STRATENWERTH es tajante al manifestar que si se está en favor de la

<sup>104</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. op. cit. pág. 389.

<sup>105</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. op. cit. pág. 391.

<sup>106</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. op. cit. pág. 394.

<sup>107</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. op. cit. pág. 397.

<sup>108</sup> GONZÁLEZ GUERRA, Carlos. *Delitos de infracción de un deber*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 2006. pág. 67.

<sup>109</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*. Op. Cit. Pág. 189; HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en derecho penal*. op. cit. pág. 315.

<sup>110</sup> BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en Derecho penal*. op. cit. pág. 419.

<sup>111</sup> GONZÁLEZ GUERRA, Carlos. *Delitos de infracción de un deber*. op. cit. pág. 69; BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en Derecho penal*. op. cit. pág. 420.

<sup>112</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*. op. cit. idem pág.

autoría para cualquier intervención del *intraneus* en una acción que, de ejecutarse por él mismo, cumpliría el tipo, aún por distante que sea esa intervención, existiría una clara infracción al principio *nullum crimen sine lege*<sup>113</sup>. Y en cuarto lugar, para HERNÁNDEZ PLASENCIA es sorprendente que con arreglo a la tesis de Roxin la autoría mediata se presente con independencia de que el sujeto de adelante actúe o no instrumentalizado, con lo que se estaría desnaturalizando la figura de la autoría mediata, y que ésta desaparezca en favor de la inducción cuando el sujeto de adelante es un *intraneus*<sup>114</sup>.

Un *extraneus* no podrá ser autor directo, coautor ni autor mediato de un delito especial porque falta en su persona la calidad jurídica que exige el tipo penal, pero sí participe como inductor o cómplice. No existe reparos en admitir que un funcionario público pueda servirse de un *extraneus* para cometer un delito de funcionario público, siempre que su tipo penal lo permita y el sujeto instrumentalizado haya actuado bajo coacción, error, en situación de inimputabilidad o dentro de una organización de poder, que hace que el funcionario público tenga realmente el dominio sobre el acontecer del hecho delictivo<sup>115</sup>. En cambio, no se puede considerar autoría mediata cuando el funcionario público utiliza a un *extraneus* plenamente responsable (carente de los presupuestos que originan un estado de instrumentalización)<sup>116</sup>, porque el hombre de adelante tendría el dominio sobre el hecho, pero al carecer de la debida calificación jurídica hace que sea imposible castigar al hombre de detrás como participe (inductor o cómplice), ya que falta un hecho punible principal en el que participar. Por lo tanto, no existe otra alternativa que aceptar la impunidad de ambos intervinientes<sup>117</sup>.

#### 4.5. La participación en el delito de enriquecimiento ilícito: instigación y complicidad.

En virtud al concepto restrictivo de autor que ha sido adoptado por el CPPyo, las formas de intervención delictivas se distinguen entre autores y partícipes de acuerdo a la clase de contribución que cada uno ha realizado en el hecho. Así, autor es quien realiza el tipo legal correspondiente a cualquiera de los delitos previstos en la parte especial de los códigos penales. En cambio, los partícipes se hallan en una posición secundaria respecto al autor, puesto que éstos siempre intervienen en un hecho ajeno que efectivamente pertenece al autor<sup>118</sup>. En ese sentido QUINTERO OLIVARES ha afirmado la siguiente premisa: el autor realiza un tipo de delito descrito en la ley expresamente, y el participe no; podrá haber autor sin participe, pero no participe sin autor<sup>119</sup>. La naturaleza de la participación consiste en tomar parte en forma de cooperación en la ejecución de la acción llevada a cabo por el autor, de ahí que se habla de la “naturaleza accesoria” de la participación con respecto de la autoría<sup>120</sup>, y aunque dicha actuación

<sup>113</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*. op. cit. pág. 322; CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 239.

<sup>114</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en derecho penal*. op. cit. pág. 316.

<sup>115</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del Derecho penal*. op. cit. pág. 665; RAMOS TAPIA, María Inmaculada. *El delito de prevaricación judicial*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2000. pág. 438.

<sup>116</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en derecho penal*. op. cit. pág. 317 “Un instrumento libre, no sujeto a error o coacción, no permite la transferencia de su conducta al sujeto de atrás. Pues no se trata de transmitir al ejecutor la cualificación jurídica, sino al revés, que la conducta del otro se transmita, se proyecte o se incorpore al cualificado jurídicamente; no es el influjo jurídicamente del hombre de atrás lo que permite realizar el hecho a través de otro, sino que lo que debe importarse es la conducta del dominio del extraneus al dominio del intraneus”.

<sup>117</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Editorial Atelier. Barcelona. Año 2007. pág. 119; BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en Derecho penal*. op. cit. pág. 409; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*. op. cit. pág. 58.

<sup>118</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 396.

<sup>119</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del Derecho penal*. op. cit. pág. 640.

<sup>120</sup> En cuanto a la accesoriadad de los partícipes a los autores, la doctrina más moderna observa esta relación desde dos aspectos: el de la accesoriadad cuantitativa y la accesoriadad cualitativa. La primera requiere para que la

accesoria no se contemple en los tipos penales, igualmente entran dentro del ámbito de lo punible porque existen preceptos que regulan la inducción y la complicidad en sentido estricto en la parte general de los códigos penales. Además, la aceptación de que los preceptos de la participación se enlazan con el tipo previsto para el autor permite sostener que el bien jurídico protegido es el mismo que el puesto en peligro o lesionado por el principal y que, por tanto, es del injusto de éste de donde se extrae su contenido de desvalor esencial<sup>121</sup>.

En cuando a las formas de participación el CPPyo en el art. 30 prevé la figura de la instigación diciendo: “será castigado como instigador el que induzca a otro a realizar un hecho antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor”. MIR PUIG define a la instigación como la causación objetiva y subjetiva imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de éste de un tipo de autoría doloso<sup>122</sup>. El dato que distingue la instigación de la autoría es que el instigador no tiene el dominio del hecho, no depende de él que el hecho se realice o no. Su tarea consiste en determinar a otro a realizar el hecho, por lo tanto, interviene antes de la ejecución del delito<sup>123</sup>.

De la definición legal prevista en el art. 30 se puede extraer tres elementos: a) el acto de inducir a otro, siendo la causación de la resolución criminal, b) la realización de un hecho antijurídico doloso por parte de otro, en este caso el inducido, y c) su aspecto subjetivo. El primer requisito se refiere a que el inductor debe causar la resolución criminal en otra persona, lo que significa que su actuación debe ser condicio sine qua non de la resolución delictiva del autor. No puede ser inductor el que incide sobre quien ya estaba previamente decidido a cometer el hecho, ni tampoco al que refuerza con consejos la resolución del que de todos modos tenía intenciones de delinquir. El segundo requisito consiste en que el inducido lleve a cabo la realización del tipo de autoría objeto de la inducción. Este puede ser uno de los previstos en la parte especial como delito consumado o, como una forma de imperfecta ejecución de los mismos<sup>124</sup>. El tercer requisito se refiere al aspecto subjetivo de la instigación y requiere no sólo el dolo de la propia conducta del instigador, sino también del hecho doloso cometido por el inducido, lo que presupone el llamado doble dolo<sup>125</sup>. En cuanto al marco penal, el CPPyo establece al instigador la misma pena que al autor, de la misma forma que lo hace el código penal alemán (art. 26), y en ese sentido, la doctrina de aquél país señala que la equiparación de penas se fundamenta usualmente en que el inductor es el que realmente ha dado el impulso decisivo hacia la comisión del delito, y el que no tenga el dominio del hecho es un factor que no afecta la gravedad del ilícito ocasionado por él<sup>126</sup>.

---

participación llegue a ser punible que el autor realice el delito al menos el grado de tentativa, esto es, tiene que existir como mínimo un principio de ejecución del hecho principal. La segunda se refiere a la medida de la dependencia de la responsabilidad de los partícipes respecto del autor, distinguiendo Max Ernst Mayer cuatro formas: accesoriadad mínima (dependencia de una conducta meramente típica del autor); accesoriadad limitada (dependencia de una conducta típica y antijurídica); accesoriadad máxima (dependencia de una conducta típica, antijurídica y culpable); y la hiperaccesoriadad (dependencia que incluye también las cualidades personales del autor, de modo que las circunstancias agravantes o atenuantes inherentes a su persona, gravan o exoneran al partícipe). El grado de accesoriadad más idóneo según la doctrina para regir las relaciones entre el autor y el partícipe es la limitada. Esta armoniza la tendencia creciente a considerar que la culpabilidad ya no determina una característica del hecho, aunque esté referida a él, sino en relación al sujeto responsable. Al respecto, Vid: LÓPEZ PEREGRIN, María del Carmen. *La complicidad en el delito*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1997. pág.62; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1990. pág. 255.

<sup>121</sup> OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo. *La inducción como forma de participación accesoria*. Editorial Edersa. Madrid. Año 1999. pág. 311.

<sup>122</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal Parte general*. op. cit. pág. 403.

<sup>123</sup> CASAÑAS LEVI, José Fernando. *Manual de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 135.

<sup>124</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal Parte general*. op. cit. pág. 406.

<sup>125</sup> MAURACH, Reinhart; HEINZ GOSEEL, Karl; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 441.

<sup>126</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 810; STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*. op. cit. pág. 358. De igual forma, el art. 28 del CPE equipara la pena del

La descripción del tipo penal de enriquecimiento ilícito previsto en el art. 3 de la Ley N°2523/04 vuelve a tornar difíciles los casos en los que pueda intervenir un instigador. Debe insistirse que este delito se sustenta en la presunción de que se ha cometido hechos ilícitos previos (no probados), lo cual hace que las categorías jurídico-penales queden condicionadas por esa construcción. Esta figura penal consiste en el enriquecimiento patrimonial injustificado de un funcionario público, de modo que la conducta accesoria del instigador deberá ser referido a lo que está tipificado y no a lo que se presume (pues la ley facilita la aplicación: se presume que ha habido actos ilícitos). En base a este entendimiento, resulta poco probable la hipótesis de que un sujeto que actúa como instigador, determine a un funcionario público la resolución de aumentar excesivamente su patrimonio por encima de sus legítimas posibilidades económicas, pues recordemos que este delito estaría castigando comportamientos post-delictivos en fase de agotamiento de un delito contra la función pública que no puede ser comprobado judicialmente (cohecho, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, etc.), de ahí que, en todo caso, la intervención del instigador hubiese causado la resolución criminal de los delitos previos que presuntamente hacen posible la excesiva mejoría patrimonial del funcionario público, pero que al ser impunes no conllevan ningún tipo de responsabilidad para este partícipe. A este razonamiento hay que sumar el hecho de que la doctrina y la jurisprudencia de aquellos países cuyo delito de enriquecimiento ilícito describe el solo enriquecimiento patrimonial del funcionario público durante el tiempo en que ejerce de su cargo -sin la necesidad de probar un nexo de causalidad con un determinado abuso del cargo-, no se han pronunciado sobre este asunto (entre ellos Paraguay, Argentina, Chile y Colombia)<sup>127</sup>.

Por el contrario, la intervención del instigador sí sería posible y punible en países como México, Perú o Costa Rica, cuyo delito de enriquecimiento ilícito requiere que el funcionario público obtenga un incremento patrimonial no justificado «por razón del cargo o abusando de sus funciones», es decir, el tipo penal exige una relación de causalidad entre el incremento patrimonial y un ejercicio abusivo o ilegal del cargo público. El instigador no requiere tener una específica calidad especial para incurrir en responsabilidad penal por el delito de enriquecimiento ilícito, bastando que provoque en un funcionario público la resolución de abusar de su cargo público para enriquecer su patrimonio. Al respecto sostiene DÍAZ ARANDA: “en el enriquecimiento ilícito sólo podemos concebir como instigador a aquella persona que induce al servidor público a incrementar su patrimonio *utilizando su función pública...*, Claro es que en este caso, el inductor debe provocar en el autor la resolución delictiva. En este sentido, las simples insinuaciones no pueden considerarse como inducción”<sup>128</sup>.

La otra forma de participación prevista en el CPPyo es la complicidad, la cual se encuentra prevista en el art. 31 que dice: “será castigado como cómplice el que ayudara a otro a

---

instigador a la del propio autor, no advirtiéndose un tratamiento más favorable por el hecho de tratarse de un partícipe. Sin embargo, este tratamiento no debe llevar a confusiones, pues la inducción es accesoria y, por lo tanto, debe constatar el delito principal al que esta conducta debe ir relacionada (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario; ACALE SÁNCHEZ, María; NIETO MARTÍN, Adán; DEMETRIO CRESPO, Eduardo; PÉREZ CEPEDA, Ana. *Curso de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 389). Por el contrario, parte de la doctrina sostiene la injusticia de equiparar punitivamente al autor con el instigador, en vista que en éste último no posee el dominio sobre el hecho delictivo lo que hace que su conducta estuviese más alejada de la puesta en peligro del bien jurídico que el autor. La cooperación del instigador es anterior a la conducta realizada por el autor y denota un menor grado de peligrosidad, por lo que se infiere una gran incongruencia al equiparar valorativamente el marco penal de ambos modos de participación en un hecho delictivo.

<sup>127</sup>Llama la atención que la doctrina de aquellos países en los que desde hace tiempo existe un amplio debate doctrinal sobre el delito de enriquecimiento ilícito (como Argentina y Colombia), no se haya pronunciado sobre la posibilidad de intervención y castigo de un instigador en este delito.

<sup>128</sup>DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. op. cit. pág.145..



realizar un hecho antijurídico doloso. La pena será prevista para el autor y atenuada con arreglo al artículo 67<sup>129</sup>. La complicidad puede definirse como aquella contribución o auxilio al hecho, anterior o simultáneo, que ha sido útil para la ejecución del plan del autor. El cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno, no participa en el dominio del hecho y el autor no necesita conocer el apoyo que se le presta<sup>130</sup>. Como forma de participación, la complicidad se apoya en el principio de accesoriedad, por lo que requiere para ser punible de un comportamiento doloso realizado por el autor principal. Su punibilidad se justifica en el incremento mediato del riesgo para el bien jurídico protegido que supone el favorecimiento realizado por el cómplice al hecho del autor principal. La complicidad puede consistir en una ayuda material o en consejos, de modo que la aportación no debe ser necesariamente material y causal. En el primer caso se habla de complicidad técnica o física, y en el segundo de complicidad intelectual o psíquica. En relación a ello, LÓPEZ PEREGRIN sostiene que la conducta del cómplice debe aumentar las probabilidades de comisión del delito por el autor o de culminación con éxito de la empresa delictiva o que sean idóneas para acelerar o intensificar el resultado lesivo, es decir, conductas cuya peligrosidad estriba, no en la probabilidad de causación directa de una lesión al bien, sino en la creación de una serie de condiciones aptas para que la lesión al bien por el autor sea más fácil, más segura, más rápida o más intensa<sup>131</sup>.

La sanción del cómplice se obtiene atenuando la prevista para el autor de acuerdo a lo dispuesto en la última parte del citado art. 31. Así también, el CPPyo atenúa la sanción cuando los partícipes de un hecho no reúnan la calidad exigida en el tipo penal según lo dispuesto en el art. 32: “Cuando no se dieran en el instigador o cómplice las condiciones, calidades o relaciones personales previstas en el art. 16, que fundamenten la punibilidad del autor la pena será atenuada con arreglo al art. 67”. La solución adoptada por el CPPyo de reducir el marco penal del partícipe *extraneus* en un delito especial, se debe a dos argumentos ya señalados: a) el partícipe *extraneus* no realiza el tipo objetivo del delito especial, sino otro específico previsto en la parte general, y b) en la persona del partícipe *extraneus* no concurre las condiciones, calidades o relaciones personales requeridas por el tipo penal del delito especial para ser autor<sup>132</sup>.

<sup>129</sup> Art. 67 del CPPyo: “Marcos penales en caso de circunstancias atenuantes especiales. 1º. Cuando por remisión expresa a este artículo la ley ordene o permita atenuar la pena, se aplicarán las siguientes reglas: 1- La condena a una pena principal no podrá exceder las tres cuartas partes de su límite legal máximo. 2- El mínimo de una pena privativa de libertad se reducirá: a) a dos años en caso de ser de cinco o diez años; b) a uno año, en caso de ser de dos o tres años; y c) al límite legal máximo, en los demás casos”.

<sup>130</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*. op. cit. pág. 107. Según, la STS 449/2006 de fecha 17 de abril, el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del *iter criminis*. Se trata de una participación accidental y no condicionante, de carácter secundario o inferior.

<sup>131</sup> LÓPEZ PEREGRIN, María del Carmen. *La complicidad en el delito*. op. cit. págs. 237 y 238.

<sup>132</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*. op. cit. pág. 161. Este criterio es asumido por los tribunales paraguayos al juzgar casos de enriquecimiento ilícito en los que intervienen *extraneus* en calidad de cómplices. Así, en la SDTS N° 215 de fecha 31 de julio de 2007 se puede leer lo siguiente: “con relación a la participación en grado de cómplice corresponde señalar que en el delito de enriquecimiento ilícito, al igual que en los demás denominados doctrinariamente “delitos especiales propios”, es posible hablar de la participación de personas distintas del autor o autores principales o directos, a título de cómplices o instigadores. Si, como sucede en el caso actual, un particular *extraneus* participa en el delito cometido por el funcionario *intraneus*, dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriedad en relación con el delito realmente ejecutado, sin perjuicio de que se modere la penalidad atendiendo a la ausencia de la condición especial de funcionario y en el caso del cómplice con arreglo a lo dispuesto por los artículos 31, 32 en concordancia con el 67, todos del código penal. Conforme a la redacción de los artículos referidos a los participantes del hecho punible se puede afirmar que en virtud de los mismos no se requiere que los partícipes (instigador y cómplice) en un delito especial propio –es decir, en aquellos delitos en los que el tipo penal prevé exclusivamente la autoría de un sujeto activo con especial calificación–, tengan la misma condición jurídica que el autor. Con esta postura se sigue una doctrina fuertemente consolidada que ha entendido que lo único que debe ser tenido en cuenta a favor del partícipe

De acuerdo a lo expuesto, en los casos de enriquecimiento ilícito es necesario probar que la ayuda o contribución prestada por el cómplice resultó relevante para alcanzar el resultado (su excesivo enriquecimiento patrimonial) querido por el funcionario público. Según la jurisprudencia latinoamericana, el caso más frecuente de complicidad en el delito en estudio se da cuando el funcionario público se enriquece a través de un tercero o persona interpuesta que obra con dolo simulando haber incrementado su patrimonio en beneficio de aquél<sup>133</sup>. Esta clase de participación debe estar prevista expresamente en el tipo penal, pues de lo contrario se tendría a un *extraneus* realizando las conductas de un delito especial propio, que al no poseer la calidad jurídica exigida en el tipo, su conducta sería atípica arrastrando dicha consecuencia al funcionario público que no podría responder bajo ningún tipo de participación en virtud del principio de accesoriadad limitada, puesto que faltaría un hecho principal en que participar.

La expresa mención de este supuesto responde a la necesidad de eliminar dudas acerca de la punibilidad del funcionario público cuando usa el recurso de servirse de un tercero (en muchos casos, familiares) para cometer el hecho delictivo. De esta manera, se consigue sancionar como autor al funcionario público que no comete directamente el hecho delictivo, y como cómplice al particular que realiza el delito especial no ostentado la calidad jurídica de funcionario público<sup>134</sup>. Al respecto, DONNA manifiesta que en este caso el delito de enriquecimiento ilícito fija un modo de realización del tipo que incluye la colaboración de terceras personas, por lo que el castigo de éstas se justifica por el concurso que prestan al funcionario público para disimular su enriquecimiento<sup>135</sup>. Sin embargo, debe matizarse que esta

---

es que éste no infringe el deber específico del autor y que, por tal razón, el partícipe puede ser condenado con una pena atenuada respecto del autor”.

<sup>133</sup> OSSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. op. cit. pág. 717 “Persona interpuesta: La que se presta para realizar un acto o un negocio jurídico como si fuese propio, pero que en realidad afecta a otra persona, verdadera interesada en el asunto. Se trata de una ficción encaminada a salvar o a burlar las dificultades legales que impedirían al auténtico interesado efectuar lícitamente el acto o negocio”.

<sup>134</sup> En este caso el propio legislador ha zanjado en el mismo tipo penal cualquier controversia que pueda surgir en cuanto a la posibilidad de que la conducta de un particular realice los elementos objetivos de un delito especial, disponiendo que el funcionario público sea considerado autor y el particular, partícipe del delito. En ese sentido, y con relación al delito de cohecho previsto en los arts. 419 y 420 del CPE, Vid: RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *El Delito de Cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*. op. cit. pág.264. Es importante destacar la STS 21/2001 de fecha 28 de marzo que al respecto dice: “Conforme a lo dispuesto en el art. 420 del Código Penal de 1995, el autor del cohecho puede recibir la dádiva “por sí o por persona interpuesta”. Pues bien dicha persona interpuesta, cuando actúa con pleno conocimiento y voluntad de cooperar en dicha acción delictiva, como sucede en el caso actual, es partícipe en el delito de cohecho”.

<sup>135</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 405. Señala CREUS que el enriquecimiento puede haberse producido tanto en el patrimonio del agente como en el de un tercero, siempre y cuando éste sea una persona interpuesta, o sea, quien actúe como personero del agente para disimular su enriquecimiento. La conducta del tercero sería punible porque se presta a la disimulación del enriquecimiento del funcionario público (CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte especial*. op. cit. pág. 325). Puede observarse en varios ordenamientos penales latinoamericanos que el legislador ha previsto el comportamiento de la persona interpuesta como forma de participación en el delito de enriquecimiento ilícito. Así, en Argentina el art. 268 (2) del CP castiga a la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento con la misma pena prevista para el autor del hecho. De la misma forma lo hace el art. 224 del CP mexicano al atribuir responsabilidad penal de acuerdo a los alcances del delito de enriquecimiento ilícito a quien haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiera o haya adquirido en contravención de lo dispuesto en la ley, a sabiendas de esta circunstancia. En cuanto a la jurisprudencia, la Sentencia de fecha 15 de octubre de 1996 dictada por la Cámara de Acusación de Córdoba (Argentina) se ha referido sobre la persona interpuesta con estos términos: “...el código ubica la participación del tercero en el momento de la interposición en el enriquecimiento apreciable, es decir, en el momento de la simulación. Por lo tanto, el enriquecimiento apreciable directo o interpuesto es un presupuesto. En la figura del art. 268, inc. 2º del Cód. Penal, la simulación deviene ilícita por dos motivos: primero, porque el simulador está sustituyendo a un funcionario público en un acto de naturaleza patrimonial sujeto a justificación a requerimiento de la autoridad; y, en segundo lugar porque la ley penal prevé expresamente castigar esa clase de simulaciones... Y eso el simular lo sabe porque está en la ley. Él sabe que el acto patrimonial que importa enriquecimiento apreciable es ilegítimo en relación al funcionario. He ahí el dolo del partícipe”.

posibilidad no ha sido contemplada por el legislador paraguayo en el delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04, por lo que este caso en particular no tiene solución jurídica en los preceptos de dicha ley ni en las reglas del CPPyo que regulan la participación delictiva. No obstante, no puede negarse la posibilidad de apreciar complicidad en esta figura penal, debiendo determinar el juez o tribunal en cada caso concreto si existe un acto de colaboración secundario (no necesario para el *iter criminis*) conducente para la realización del delito de enriquecimiento ilícito por parte del autor.

En cuanto a la complicidad en el delito de enriquecimiento ilícito es importante hacer referencia al momento en que se produce el acto de cooperación o ayuda que aporta el cómplice al hecho realizado por el autor. La complicidad requiere de un ámbito temporal en el que la intervención del cómplice tiene que materializarse, y en relación al mismo, hay consenso en que la contribución debe ser anterior o simultánea y además útil al hecho principal realizado por el autor, pero no posterior a éste. En ese sentido, la doctrina mayoritaria coincide en negar la complicidad en aportaciones realizadas cuando la lesión o puesta en peligro del bien jurídico ya ha tenido lugar<sup>136</sup>. Así, HURTADO POZO manifiesta: “El acto de complicidad puede tener lugar desde los actos preparatorios de la infracción hasta su consumación. Durante la etapa ejecutiva también es posible una participación de complicidad. De la definición misma, se desprende que no puede ayudarse a la comisión de un hecho que ha sido ejecutado”<sup>137</sup>.

Constituye un caso problemático la calificación jurídica de aquellos terceros que ayudan a ocultar o disimular los bienes que ilícitamente ha obtenido el funcionario público. Es el típico caso del testaferro que aparece como titular de los bienes que en rigor pertenecen al funcionario. Según DÍAZ ARANDA, para determinar cuándo estamos ante un cómplice y cuándo ante un testaferro o encubridor, es necesario establecer cuándo el delito se ha consumado, de tal suerte que será cómplice el sujeto que ayude o auxilie al autor a cometer el delito, sin que este se haya consumado, pues si el auxilio es posterior a dicha consumación estaremos ante un encubridor<sup>138</sup>. En este contexto, coincidimos con cierto sector de la doctrina que sostiene que los testaferros no pueden ser considerados partícipes en el delito de enriquecimiento ilícito, y en ese sentido afirma ABANTO VÁZQUEZ: “en contra de lo que dice alguna doctrina, los testaferros que sirven para ocultar los ingresos ilícitos del funcionario no son partícipes del delito por la acción de ocultar, pues el injusto de esta figura es el enriquecimiento ilícito y no la ocultación de dicho enriquecimiento”<sup>139</sup>. Por su parte, CARO CORIA menciona que en Perú, parte de la doctrina no admite la punición de los testaferros como partícipes porque estos sujetos participan sólo en el ocultamiento, conducta ajena al acto de enriquecerse, siendo posible aceptar más bien la sanción por encubrimiento real<sup>140</sup>.

<sup>136</sup> LÓPEZ PEREGRIN, María del Carmen. *La complicidad en el delito*. op. cit. pág. 304.

<sup>137</sup> HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte general*. Editorial EDDILI. Lima. Año 1987. pág. 544.

<sup>138</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. op. cit. pág. 142. Al respecto, puede leerse en la Sentencia de fecha 30 de diciembre de 2004, dictada por la Sala Penal Permanente de Lima (Expediente N° 2976-2004), lo siguiente: “que aplicando las reglas generales de participación delictiva la complicidad será posible durante los actos de preparación o durante los actos de ejecución propiamente dicho, esto es, siempre que el delito no esté consumado: aún no se ha alcanzado el resultado de enriquecimiento ilícito, de modo que habrá complicidad cuando los extranei intervienen para lograr el enriquecimiento ilícito del agente. Que las pruebas antes glosadas determinan que objetivamente los sujetos intervinieron mucho tiempo después que el acusado Huerta Rodríguez obtuvo el dinero cuestionado, enriquecimiento que se concretó en la adquisición a su nombre de certificados bancarios en moneda extranjera, incluso es posible afirmar que la conducta del acusado Rodríguez Huerta ya se encontraba en la fase de terminación y no de mera consumación formal del delito” (Voto particular de los jueces Cesar Eugenio San Martín Castro, Adolfo Barrientos Peña y José Luis Lecaros Cornejo).

<sup>139</sup> ABANTO VÁZQUEZ, Manuel. *Delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 558.

<sup>140</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 247. A este debate se suma VIDALES RODRÍGUEZ manifestando que si el delito todavía no se ha consumado, se considera que se participa en el delito ajeno. En cambio, por definición, el encubridor interviene cuando el delito ya ha sido completamente

La finalidad de este tipo de comportamientos es asegurar el goce de los beneficios del acto ilícito realizado por el funcionario público, pero no facilita a alcanzar su consumación porque una vez que el sujeto presta su aportación el autor ya ha realizado el delito. Aquí se observan dos clases de comportamientos accesorios: uno que favorece a la comisión del delito y otro que favorece a que el delito no sea descubierto, como también sus beneficios. Los comportamientos post-delictuales<sup>141</sup> estaban sancionados en el anterior CPPyo de 1910 bajo la figura del encubridor; sin embargo, el nuevo CPPyo de 1997 vino a suprimir dicha figura. La razón sería que el encubridor no puede intervenir en el hecho criminal porque su misión comienza a cumplirse luego de que el delito se consuma, y es literalmente imposible intervenir o tomar parte en lo que ya está realizado<sup>142</sup>.

El CPPyo regula la ayuda o cooperación post-delictual a través de dos figuras penales autónomas. En cuanto a los sujetos que auxilian o ayudan a los responsables de un delito para que éstos se beneficien de los productos o beneficios de su conducta ilícita<sup>143</sup>, el legislador ha tipificado el delito denominado «Obstrucción a la restitución de bienes» previsto en el art. 194 que dice: “el que ayudara a otro que haya realizado un hecho antijurídico, con la intención de asegurarle el disfrute de los beneficios provenientes de aquél, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa”, y ha tipificado para los sujetos que ayudan a impedir o dificultar el descubrimiento de un ilícito penal el delito denominado «Frustración de la persecución y ejecución penal» previsto en el art. 292 que dice: “el que intencionalmente o a sabiendas impidiera que otro fuera condenado a una pena o sometido a una medida por un hecho antijurídico, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa”. Esta figura criminal no guardaría relación con un hecho antijurídico anterior, sino que lesiona directamente a la administración de justicia que se ve impedida o dificultada de realizar sus funciones de averiguar los hechos delictivos.

#### 4.6. Estudio de un caso particular: la SDTS N° 215 de fecha 31 de julio de 2007.

De las pocas causas penales que se han abierto y juzgado en la justicia penal paraguaya sobre el delito de enriquecimiento ilícito, la acción penal pública ha sido dirigida en la mayoría de ellas en contra de un sólo interviniente funcionario público bajo la modalidad de autoría directa o inmediata según lo dispuesto en el art. 29.1 del CPPyo. Sin embargo, la SDTS N° 215 de fecha 31 de julio de 2007 constituye un caso especial, ya que a parte del funcionario acusado han intervenido en el hecho otros sujetos *extraneus* a los que el tribunal de sentencia ha dado a sus correspondientes participaciones una solución jurídica que debe ser analizada y criticada.

El relato de los hechos juzgados en la causa penal nos indica que un funcionario público que ejerció funciones en la Dirección General de Aduanas durante el periodo de tiempo transcurrido entre los años 1999 y 2004, había adquirido una serie de bienes que enriquecieron

---

ejecutado, por ello en la mayoría de los países ya se ha abandonado su consideración de forma de participación para configurarlo como un delito autónomo (VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 70).

<sup>141</sup> Es interesante el comentario que el Digesto hace sobre los encubridores (D: 47,17,1.): “Los encubridores son un género muy pernicioso, pues sin ellos ningún criminal podría ocultarse mucho tiempo, y está mandado que sean castigados como atracadores: deben ser tenidos como tales los que, pudiendo detener a los atracadores, los dejan escapar a cambio de una cantidad o de parte de lo robado. (D: 47,17, 2): No debe absolverse, ni tampoco castigarse tan severamente, a los que ocultan a un atracador afín o pariente, pues no es lo mismo su delito que el de los que encubren a personas extrañas.

<sup>142</sup> ROVIRA TORRES, Olga. *El encubrimiento*. Biblioteca Básica de Práctica Procesal. N° 193. Editorial Boch. Barcelona. Año 2001. pág. 7.

<sup>143</sup> La CNUC insta a los Estados firmantes a través de su art. 24 a que tipifiquen como delito los actos de encubrimiento, independientemente al *nomen juris* elegido, cuando un sujeto intencionalmente tras la comisión de cualquiera de los delitos tipificados en la convención pero sin haber participado en ellos, cometa el encubrimiento o la retención continua de bienes a sabiendas de que dichos bienes son producto de cualquiera de esos delitos.

cuantiosamente el patrimonio que tenía conjuntamente con su esposa hasta el 2002 (año en que deciden presentar su separación de bienes). Desde ese año hasta el 2004, la esposa del funcionario público fue adquiriendo otros bienes, entre ellos inmuebles y automóviles que vinieron a incrementar excesivamente el patrimonio personal de la misma, cuyo valor no se correspondía con sus ingresos ni con los de su cónyuge. Durante el juicio oral y público se pudo comprobar que la persona que realizó todos los actos de adquisición fue la esposa del funcionario público, constatándose que hasta junio de 2002 (fecha hasta la cual permaneció constituida la comunidad de bienes) había comprado tres automóviles, y desde 2002 hasta el 2004 adquirió seis automóviles y 10 inmuebles, todos los cuales atendiendo a su valor de mercado no podían costearse mediante la capacidad económica de la comunidad conyugal de los esposos o la particular de cada uno. El tribunal de sentencia en la parte dispositiva del fallo sostiene: “el tribunal entiende que existen elementos de juicio suficientes que demuestran el hecho punible de enriquecimiento ilícito teniendo en cuenta el ingreso del acusado en el mes de noviembre de 1999 hasta el mes de junio de 2004. En ese sentido, se pudo constatar el acrecentamiento en tiempo record del caudal económico de la entonces *cónyuge del acusado quien no justificó un origen genuino de adquisición de los cuantiosos bienes*. Es importante acotar que el hecho de haber tenido la disolución de la sociedad conyugal no significa que esté desvinculado del nexo de responsabilidad entre el origen de los bienes adquiridos por su cónyuge, lo que conduce en este caso, a la demostración del hecho punible de enriquecimiento ilícito previsto y penado en el art. 3, numeral 1 y 2 de la Ley N° 2523/04”.

En otra parte del fallo siguen manifestando los miembros del tribunal: “ha quedado demostrado que con respecto al acusado, si bien no se encuentran registrados bienes o egresos a su nombre, *sí se encuentran importantes adquisiciones y egresos a nombre de su entonces cónyuge*, que conforme a las pruebas producidas en este juicio *no puede justificar los mismos*, como así también las diferencias existentes entre sus ingresos legítimos y los egresos que la misma realizó, de igual forma se pudo constatar el alto nivel de vida que llevaban, no pudiendo ser alcanzados mediante el salario que percibía. Es decir, durante el tiempo que el acusado ostentó el cargo de funcionario público y específicamente el tiempo investigado (1999-2004), *se acrecentó notoriamente el patrimonio de su cónyuge que a su vez se hallaba imposibilitada de justificar dicho acrecentamiento conforme a los ingresos que la misma percibía*”.

En cuanto a la responsabilidad penal de la esposa del funcionario de acuerdo a su intervención en el ilícito, el tribunal de sentencia calificó su conducta como cómplice del delito de su cónyuge en atención a que “la ayuda consistió básicamente en la adquisición y usufructo de bienes y servicios registrados a su nombre mediante las sumas de dinero provenientes del acusado, pretendiendo así disimular el origen de los mismos; el aporte de la misma ha sido trascendente para la comisión del hecho punible de enriquecimiento ilícito, pero al no contar la misma con la calidad de funcionario público su conducta debe encuadrarse dentro de lo dispuesto en el art.31 del Código Penal”. Además el tribunal atribuyó a la acusada el “delito de lavado de dinero” de acuerdo al art. 196 apartado 1°, numeral 1, inc. a), y apartado 2°, numeral 2 del CPPyo<sup>144</sup>, bajo el argumento de que habiendo conocido la procedencia del dinero proveniente de la comisión del hecho punible de su cónyuge, lo ha utilizado para sí invirtiendo en la adquisición de bienes inmuebles y una flota de vehículos.

<sup>144</sup> Art. 196 del CPPyo: “1° El que: 1. ocultara un objeto proveniente de: a) un crimen..., será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. 2° La misma pena se aplicará al que: 2. lo guardara o lo utilizara para sí o para otro, habiendo conocido su procedencia en el momento de la obtención”. En cuanto a este precepto penal, GONZÁLEZ MACCHI sostiene que al desaparecer el encubrimiento como forma de participación delictiva incurra en la parte general del CPPyo, esta forma de participación ha pasado a ser regulado según sea el caso, por medio de varios hechos punibles autónomos entre los cuales se encuentra el lavado de dinero previsto en el art.196 del CPPyo (GONZÁLEZ MACCHI, José Ignacio. *Introducción al Derecho penal paraguayo*. op. cit. pág. 117)

Si se observa detenidamente el relato de los hechos y las argumentaciones jurídicas dispuestas en el fallo analizado, es claro que la conducta de la esposa del funcionario público (quien es un sujeto no calificado) ha realizado todos los elementos objetivos del delito de enriquecimiento ilícito, siendo un hecho confirmado por el propio tribunal al expresar “que la actuación consistió básicamente en la adquisición y usufructo de bienes y servicios registrados a su nombre” y que “conforme a las pruebas producidas en el juicio no puede justificar los mismos, como también las diferencias existentes entre sus ingresos legítimos y los egresos que la misma realizó”. Estos comportamientos encajan perfectamente en la modalidad de conducta del tipo penal de enriquecimiento ilícito prevista en el art. 3.1º. inc. a) de la Ley N° 2523/04 que dice “*haya obtenido la propiedad, la posesión, o el usufructo de bienes, derechos o servicios, cuyo valor de adquisición, posesión o usufructo sobrepase sus legítimas posibilidades económicas*”, y aún así se ha condenado al funcionario público como autor del delito sin haber realizado el tipo penal, y a la esposa como cómplice por no ostentar la cualidad jurídica de funcionario público habiendo realizado personalmente todos los elementos objetivos del tipo.

De lo expuesto, parecería que los juzgadores han seguido la teoría de los delitos de infracción de deber para llegar a tales conclusiones jurídicas, pues como se ha señalado, para esta teoría basta que la persona cualificada sujeta a un deber deje la ejecución de la acción a otra persona que se encuentra al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría. Esta situación puede observarse en el fallo analizado ya que se infiere que el funcionario público, sin tener el dominio del hecho, ha determinado a su esposa *extraneus* plenamente responsable a que realice la conducta descrita en el tipo penal, siendo éste condenado como autor por haber vulnerado sus deberes especiales extrapenales derivados de la función pública, y su esposa como cómplice a pesar de haber tenido el dominio del hecho, ya que al margen de la intensidad de la intervención del *extraneus* en el hecho, nunca pasa de ser un partícipe.

En otro apartado hemos justificado nuestro rechazo a la teoría de los delitos de infracción de deber para solucionar los casos en que intervienen sujetos *extraneus* en un delito especial propio. Así, en el caso analizado podemos concluir que la esposa del funcionario público, según el grado de intensidad de su intervención en el hecho, no puede ser considerada cómplice porque ha tenido el dominio del hecho realizando de propia mano todos los elementos objetivos del tipo. Cabe recordar que el cómplice no ejecuta directamente el hecho ilícito, sino que sólo coopera o ayuda para alcanzar su consumación, lo que en el caso del enriquecimiento ilícito significa contribuir a la realización del hecho punible, a sabiendas, que el funcionario público incrementa su patrimonio por encima de sus posibilidades económicas<sup>145</sup>. Igualmente no puede ser calificada como autor ni co-autor, partiendo de la base de que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito especial y ésta carece de la cualidad jurídica de funcionario público exigida en el tipo. Y por último, el funcionario público no puede ser considerado autor mediato porque se ha servido de un sujeto (su esposa) que ha cometido el delito de forma dolosa y penalmente responsable, teniendo en todo el momento el dominio sobre el hecho. En base a las consideraciones señaladas no se comparte en absoluto las conclusiones jurídicas que han permitido al tribunal de sentencia condenar al funcionario público y a su esposa como autor y cómplice respectivamente, en razón a que en el hecho concreto un *extraneus* ha ejecutado todos los elementos del delito especial propio de enriquecimiento ilícito, por lo que su conducta es atípica por no ostentar la cualificación jurídica de funcionario público, y en virtud del principio de accesoriedad de la participación, la conducta del funcionario público resulta impune porque falta un hecho principal en que participar.

En este caso existiría una laguna legal que deja impune tanto al funcionario público como a su esposa *extraneus*. Sin embargo, creemos que esta impunidad puede solucionarse en el

<sup>145</sup> En ese sentido, HUGO ÁLVAREZ, Jorge. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*. Gaceta Jurídica. 1ª Edición. Lima. Año 2007. pág. 51.

hipotético caso de que el legislador decida mantener vigente el delito de enriquecimiento ilícito, si de *lege ferenda* incluye expresamente en el tipo la posibilidad de que un funcionario público pueda utilizar o servirse de un sujeto doloso no calificado que materialmente realice la conducta delictiva<sup>146</sup>, tal como ocurre en el delito de cohecho previsto en el art.419 del CPE que permite que el funcionario público reciba o solicite la dádiva, favor o retribución, por sí mismo o «por persona interpuesta». Este criterio ha sido adoptado en el delito de enriquecimiento ilícito previsto en Cuba: “La autoridad, funcionario o empleado que, *directamente o por persona intermedia*, realiza gastos o aumenta su patrimonio o el de un tercero en cuantía no proporcional a sus ingresos legales, sin justificar la licitud de los medios empleados para realizar los gastos u obtener tal aumento patrimonial...”, como también el previsto en Costa Rica: “Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, *por sí o por interpósita persona física o jurídica*, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecten su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas”, y en Argentina: “*la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho*”.

Como puede observarse, en los citados preceptos el legislador nacional ha solucionado en la propia redacción legal los problemas relativos a la utilización de un *extraneus* doloso (que actúa libre y conscientemente) por un *intraneus* en un delito especial, previendo expresamente la posibilidad de que el particular realice materialmente el hecho previsto en el tipo penal de enriquecimiento ilícito. En estos casos el funcionario público no necesita para consumar el delito que él mismo realice la conducta típica, sino que puede hacerlo a través de otra persona. Por lo tanto, en estos casos, el funcionario público que utiliza o se vale de un particular será considerado autor inmediato debido a que lo permite el propio tipo penal, y el particular será considerado partícipe (cómplice) del delito por carecer en su persona las condiciones, cualidades o relaciones que exige el delito especial para ser autor<sup>147</sup>.

En base a estas consideraciones, las conductas típicas del delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04 quedarían de la siguiente manera: art. 3.1°. “Comete hecho punible de enriquecimiento ilícito y será sancionado con pena privativa de libertad de uno a diez años, el funcionario público comprendido en cualquiera de las situaciones previstas en el art. 2, quien con posterioridad al inicio de su función, incurra en cualquiera de las siguientes situaciones:

- a) haya obtenido *por sí mismo o a través de otro*, la propiedad, la posesión, o el usufructo de bienes, derechos o servicios, cuyo valor de adquisición, posesión o usufructo sobrepase sus legítimas posibilidades económicas, y los de su cónyuge o conviviente.
- b) haya cancelado, luego de su ingreso a la función pública, *por sí mismo o a través de otro*, deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio, el de su cónyuge o su conviviente, y sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y de afinidad, en condiciones que sobrepasen sus legítimas posibilidades económicas.

<sup>146</sup> Al respecto QUINTERO OLIVARES menciona que es innegable que puedan producirse situaciones en las que un cualificado utiliza a uno no cualificado para cometer un delito especial propio, y parece claro que hay que evitar la impunidad de uno y otro. A ese efecto se ha creado el concepto de instrumento doloso, pero, a pesar de tan respetable propósito, dicha figura es rechazable en todos los casos, ya que el sujeto que actúa consciente y voluntariamente no es ya un instrumento; su conducta es una acción jurídicamente valorable, y si es atípica la solución no se puede buscar forzando los conceptos, sino introduciendo las necesarias modificaciones en la parte especial, si se estima necesario (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del Derecho penal*. op. cit. pág.642).

<sup>147</sup> En ese sentido, Vid: OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. op. cit. pág. 204.

Es clara la necesidad de reforma ante la utilización por parte del funcionario público corrupto de personas afines a él que no tienen la cualidad jurídica exigida en el tipo penal, especialmente su cónyuge u hombres de confianza, que son los que actúan finalmente en representación de aquél. El grado de evolución y desarrollo de la corrupción ha hecho que los agentes corruptos se valgan de personas interpuestas para enriquecerse, obviando la realización material del hecho punible de propia mano. Esta es una forma más de conseguir la clandestinidad de los actos corruptos y una técnica para no hacerse vulnerable evitando la actuación directa, buscando a intermediarios sobre los que puedan recaer las eventuales consecuencias, y así extender en su beneficio la impunidad que les otorga la ley penal a los extraneus que actúan como instrumento doloso no cualificado en un delito especial propio. En consecuencia, se reconoce la utilidad que aportaría la incorporación legal de la persona interpuesta a la dinámica delictual del delito de enriquecimiento ilícito, que vendría a dar una solución a los problemas que surgen en la autoría mediata con instrumento doloso no cualificado, cuando el intraneus se burla del sistema de imputación penal utilizando a personas que no revisten la cualidad jurídica de funcionario público como autores formales de un delito especial propio<sup>148</sup>.

## 5. MOMENTO DE LA CONSUMACIÓN.

El delito de enriquecimiento ilícito se consume cuando el funcionario público adquiere bienes o cancela deudas (propias o de sus familiares dentro del grado de consanguinidad y afinidad contemplado en el tipo penal) según las modalidades previstas en la ley, cuyo valor sobrepase excesivamente las legítimas posibilidades económicas propias y las de su cónyuge<sup>149</sup>. Esto puede ocurrir mediante la realización de un solo acto, en cuyo caso la consumación será instantánea<sup>150</sup> como el caso del funcionario público que estando apenas unos años en la función pública adquiere un bien inmueble de 100.000\$, teniendo solamente para afrontar esa erogación un ingreso legal de 1500\$ que recibe del ejercicio de su cargo público. Aquí el resultado penalmente relevante (incremento patrimonial excesivo) guarda una relación de inmediatez temporal con la conducta generadora realizada por el funcionario público.

Pero se pueden dar otras situaciones. Un funcionario público puede realizar varios actos de adquisición de bienes o de cancelación de obligaciones que valorados independientemente en cuanto a su valor son inocuos para generar un juicio de imputación, pero tomados en conjunto si alcanzan una notoriedad suficiente para ser considerados penalmente relevantes. Coinciden con esta idea CANCINO y TOSCANO DE SÁNCHEZ quienes manifiestan que en el caso del aumento patrimonial, los resultados pueden ser el fruto de una sola actividad desplegada por el empleado oficial, pero también pueden ser la consecuencia de una serie de pequeñas actuaciones, en cada una de las cuales el monto del enriquecimiento puede no ser significativo,

<sup>148</sup> Esta propuesta emana de VÁZQUEZ-PORTOMEÑE como solución a los casos de interacción de personas interpuestas físicas o jurídicas como autores formales de delitos de funcionario público, específicamente los de cohecho (arts. 419 y sigtes) y negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos (art. 441) previstos en el CPE (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *Los delitos contra la administración pública*. op. cit. págs. 412-421).

<sup>149</sup> En los ordenamientos jurídico-penales que contemplan expresamente la posibilidad de que la conducta típica pueda ser efectuada a través de una persona interpuesta, el delito se consume en el mismo instante en que el tercero consigue realizar el enriquecimiento exigido en la ley. En cuanto al momento de la consumación del delito de enriquecimiento ilícito, la SDTS N° 39 de fecha 04 de diciembre de 2006 expresa que éste ocurre cuando el funcionario obtiene un incremento patrimonial que, en cuanto a su valor o quantum, sobrepasa lo que tuvo como ingreso en su haber, luego de la asunción de su cargo público. En ese sentido, la Sentencia de fecha 9 de junio de 2005 de la Sala IV de la Cámara de Casación Penal de la ciudad de Buenos Aires (Argentina), sostiene que el delito de enriquecimiento ilícito se consume cuando el aumento del patrimonio excede crecidamente y con evidencia las posibilidades económicas provenientes de los ingresos legítimos del sujeto, es decir, sin justa causa probada.

<sup>150</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Delitos en particular*. op. cit. pág. 553.



pero en su conjunto adquieren cierta importancia económica<sup>151</sup>. En la hipótesis planteada el sujeto realiza actos que individualmente no son capaces para lograr la finalidad delictiva, hasta que con uno de ellos de acuerdo a su valor, y sumado a los restantes, se puede afirmar razonablemente que ha sobrepasado sus posibilidades económicas, entendiéndose consumado el delito en ese acto<sup>152</sup>. En este caso se valoran de forma global la pluralidad de actos cometidos por el funcionario público y de acuerdo al sentido del tipo penal se aprecian como una sola unidad típica de acción<sup>153</sup>.

Coincide con este orden de ideas la Sala de Casación Penal de la CJS de Colombia, que en su Sentencia de fecha 7 de octubre de 1999 ha expresado lo siguiente: “En relación con el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público, ha sido ya dicho repetidamente por la Sala que pertenece a la categoría de los llamados delitos de resultado, de realización libre y acción instantánea o progresiva, en cuanto puede ser ejecutado a través de un solo acto, o de una sucesión de actos parciales finalísticamente orientados hacia la obtención del resultado típico, de suerte que el momento o periodo de comisión del hecho punible, y sus implicaciones en la prescripción de la acción penal, dependerán de la modalidad de la conducta en cada caso concreto. Si se trata de un acto, el periodo de prescripción de la acción penal deberá contabilizarse desde el momento de su realización. Si son varios, deberá serlo a partir del último”. De lo transcrito puede observarse que el momento de consumación también tiene importantes efectos sobre cuándo empieza a contarse el plazo de prescripción con relación al delito de estudio. En este contexto también se ha referido la Sentencia de fecha 15 de octubre de 1996, dictada por la Cámara de Acusación de Córdoba (Argentina): “Esta figura sanciona el enriquecimiento patrimonial apreciable del funcionario o empleado público durante el desempeño de su cargo, cualquiera sea el número de emprendimientos económicos. Puede tratarse de un solo hecho o de innumerables cantidades de hechos. El resultado económico final es lo que cuenta”.

Por otro lado, también podría ocurrir que un sujeto realice varios actos continuos en un periodo de tiempo que por sí mismos constituyen varias realizaciones del tipo penal. Sería el caso de un funcionario público que adquiere bienes o cancela deudas durante el ejercicio de su cargo, todos los cuales en cuanto a su valor sobrepasan sus legítimas posibilidades económicas y siguen el mismo designio de ir aumentando cada vez más el caudal patrimonial, debiendo entenderse este supuesto como un delito continuado<sup>154</sup>. En el delito continuado existe una pluralidad de acciones típicas que son perfectamente individualizadas, en las que en cada caso se acredita la infracción del mismo o semejantes preceptos penales y la culpabilidad del autor. Entre las diversas acciones hay una conexión de continuidad, es decir, existe una cierta vinculación espacial y temporal de los actos individuales que hacen que los mismos sean

<sup>151</sup> CANCINO, Antonio José; TOSCANO DE SÁNCHEZ, Maruja. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 29.

<sup>152</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Delitos en particular*. op. cit. idem pág. “La conducta puede presentarse mediante una sólo acción o bien, mediante varios actos que la integren, pero la consumación se efectúa instantáneamente”.

<sup>153</sup> Manifiesta MIR PUIG que en los casos de repetición o progresión aumenta sólo cuantitativamente la gravedad objetiva del hecho y no varía la situación motivacional del autor. La doctrina habla en estos casos de unidad natural de acción, y es cierto que en ellos existe un contexto situacional y motivacional unitario según la valoración usual. Pero que además sea posible afirmar una unidad de hecho a efectos penales, dependerá de la interpretación del tipo y no sólo de una valoración prejurídica (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. págs. 635 y 636).

<sup>154</sup> TODARELLO, Guillermo Ariel. *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 301. En ese mismo sentido, sostiene D’ALESSIO que de acuerdo a las particularidades de cada caso, pueden darse situaciones en que un único hecho altamente lucrativo enriquezca a su autor, y otras en que exista todo un proceso paulatino con múltiples hechos relevantes en cuanto a su valor que hayan acrecentado el caudal patrimonial. En este último supuesto, deberá entenderse que se trata de un delito continuado si se verifica que el autor ha obrado con unidad de designio (D’ALESSIO, Andrés José. *Código penal comentado y anotado. Parte Especial*. op. cit. pág. 869).

valorados en sentido jurídico como una unidad jurídica de acción o una única realización típica siempre que se vulnere el mismo bien jurídico y la interpretación del tipo así lo permita<sup>155</sup>.

## 6. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN. LA TENTATIVA.

Establece el art. 27 del CPPyo que la tentativa de los crímenes es punible, mientras que la tentativa de los delitos lo es sólo en los casos expresamente previstos por la ley. Aunque el delito de enriquecimiento ilícito no prevea expresamente en su tipo la comisión tentada, en principio le serían igualmente aplicables los preceptos que regulan las formas imperfectas de ejecución porque su marco penal establece como sanción una pena privativa de libertad de hasta diez años, considerándose un crimen de acuerdo a la clasificación que el CPPyo hace a los hechos punibles<sup>156</sup>. En la literatura paraguaya CASAÑAS LEVI define a la tentativa como el hecho típico que de acuerdo al plan de autor es iniciado en su ejecución, pero que no alcanza el resultado, sea por voluntad propia del mismo o por circunstancias ajenas a ella<sup>157</sup>. En la tentativa se comprueba la existencia de una resolución de cometer el delito por parte del autor y la ejecución de todos o algunos de los actos que debería producir el fin propuesto, pero su característica esencial es la no producción del delito consumado, ya que si se llegase a éste, el estadio de la tentativa se habrá rebasado<sup>158</sup>.

El fundamento del castigo de la tentativa ha sido tratado desde dos posiciones: las teorías objetivas y las teorías subjetivas. Las primeras justificaban la punición de la tentativa en base a la peligrosidad objetiva de la acción, y en base a ello se afirma que en el delito consumado se castiga la acción que ha causado el resultado, y en la tentativa se castiga la acción causalmente adecuada o eficaz, esto es, peligrosa o idónea para su producción<sup>159</sup>. La peligrosidad para el bien jurídico es lo que fundamenta la punición de la tentativa, y así sólo pueden ser punibles aquellas acciones que comporten un peligro para el mismo, es decir, una posibilidad de lesión, y no aquellas que, por el contrario, no sean peligrosas desde el punto de vista objetivo, aunque la voluntad del autor de cometer el delito se haya manifestado plenamente<sup>160</sup>. Las segundas basan el fundamento de la punición de la tentativa en la voluntad del autor objetivamente manifestada de cometer un delito. Desde esta concepción, la punición aparece con la infracción de la norma desde el punto de vista del autor, es decir, toda conducta que, según su representación, contravenga un mandato o una prohibición jurídico-penal<sup>161</sup>.

El CPPyo en relación a la tentativa ha adoptado un criterio que sigue los postulados subjetivos, el cual se infiere del art. 26 que dice: “Hay tentativa cuando el autor ejecutara la decisión de realizar un hecho punible mediante actos que, tomada en cuenta su representación,

<sup>155</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito continuado*. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 1997. pág.126.

<sup>156</sup> Art. 13 del CPPyo: “Clasificación de los hechos punibles. 1º Son crímenes los hechos punibles cuya sanción legal sea pena privativa de libertad mayor de cinco años. 2º Son delitos los hechos punibles cuya sanción legal sea pena privativa de libertad de hasta cinco años, o multa. 3º Para esta clasificación de los hechos punibles será considerado solamente el marco penal del tipo base”.

<sup>157</sup> CASAÑAS LEVI, José Fernando. *Manual de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 177.

<sup>158</sup> SOLA RECHE, Esteban. *La llamada tentativa inidónea de delito. Aspectos básicos*. Editorial Comares. Granada. Año 1996. pág. 152. Así también lo entiende MIR PUIG al precisar el concepto de tentativa como el proceso de ejecución, desde su comienzo hasta su terminación sin consumación (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág.345).

<sup>159</sup> NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *El delito intentado*. Editorial Codex. Madrid. Año 2003. pág. 24; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 551; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa. *Tentativa de delito y delito irreal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1999. págs. 305-311.

<sup>160</sup> FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito*. Editorial BdeF. Montevideo-Buenos Aires. Año 2011. pág. 6.

<sup>161</sup> FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito*. op. cit. pág. 14; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. op. cit. pág. 337; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa. *Tentativa de delito y delito irreal*. op. cit. págs. 313-318.

son inmediatamente anteriores a la consumación legal”. Esto nos lleva a decir que para saber cuando estamos frente a un acto de tentativa, es decir, ante un acto de ejecución y no preparatorio, es imprescindible que el interprete tome como elemento de juicio la representación que el autor tiene del hecho, ya que en él se encuentra la base esencial para determinar en qué momento se inicia la acción típica. Pero así también el legislador ha adherido al precepto que define la tentativa la frase “inmediatamente anteriores a la consumación del tipo legal” para determinar en qué momento comienza la tentativa y así distinguirla de los actos preparatorios.

La aplicación de esta interpretación al delito de enriquecimiento ilícito demanda como tarea previa determinar cuando se consuma el tipo legal, para luego determinar cuales han sido los actos inmediatamente anteriores que la produjeron que dan comienzo a la tentativa. Para ello el intérprete debe remitirse al tipo objetivo del delito en cuestión para obtener todos estos datos. Partiendo de la postura sustentada en esta investigación de que este delito se consuma cuando el funcionario público enriquece su patrimonio fuera de sus legítimas posibilidades económicas, el conocimiento de qué actividades produjeron el resultado necesariamente debe inferirse de las acciones típicas descritas que de acuerdo al art. 3.1º incs. a y b de la Ley N° 2523/04 son la obtención de la propiedad, la posesión o el usufructo de bienes, derechos o servicios, y la cancelación de deudas u obligaciones que afectaban el patrimonio del agente. La doctrina ha denominado a este modo de valoración de la representación o plan del autor “criterio de inmediatez temporal” que manifiesta que la tentativa indudablemente comienza cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la plena realización de la conducta típica, si el tipo describe una sola conducta, o en los tipos que describen varios actos, cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a uno de los descritos en el tipo<sup>162</sup>.

Según los preceptos que regulan la tentativa en el CPPyo, la representación del plan del autor es también un elemento de valoración para diferenciar a la tentativa acabada de la inacabada. El art. 27 describe a la tentativa inacabada diciendo: “Cuando el autor todavía no haya realizado todos los actos que, según su representación del hecho, sean necesarios para lograr su consumación, la pena será atenuada con arreglo al artículo 67”. Del precepto citado se deduce que lo que diferencia a la tentativa acabada de la inacabada es que en la primera el autor ha realizado todos los actos de ejecución que según su representación, son necesarios para alcanzar la consumación del delito, y en la segunda, el autor sólo ha ejecutado ciertos actos de ejecución, que según su representación, eran necesarios para la realización posible de la consumación del delito<sup>163</sup>.

Una vez establecidas las bases de la tentativa que sigue el CPPyo corresponde verificar si el tipo penal de enriquecimiento ilícito permite materialmente el comportamiento tentado del funcionario público. Para ello expondremos dos ejemplos a ser analizados:

a) Un funcionario público ha conseguido una cantidad de dinero presuntamente indebido y decide enriquecer su patrimonio, cuya finalidad se representa alcanzar comprando un inmueble a sabiendas de que su valor no podría ser solventado con sus legítimas posibilidades económicas. Una vez realizados todos los actos de ejecución tenidos en cuenta por el funcionario público, cambian los criterios económicos-financieros utilizados para precisar el valor de los bienes adquiridos (por ejemplo, cuando un determinado país sufre una fuerte crisis económica que tiene como efecto la disminución considerable del valor de mercado de los bienes inmuebles) y su capacidad económica, otorgándole un margen más amplio que consigue razonablemente sostener que su aumento patrimonial se corresponde con sus ingresos legales.

<sup>162</sup> FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito*. op. cit. pág. 213; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 347.

<sup>163</sup> MAURACH, Reinhart; GÖSEEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte general*. Tomo II. op. cit. pág.76.

b) Con la misma finalidad del caso anterior, un funcionario público se ha propuesto comprar tres inmuebles de distintos vendedores a sabiendas que con la capacidad económica que le reporta sus ingresos legales, no podría realizar dichas adquisiciones. Una vez realizada la primera compra, una persona anónima convence a los restantes vendedores a que desistan de vender sus inmuebles al funcionario público en razón a que va a pagarlos posiblemente con dinero mal habido. El valor del único inmueble adquirido por el funcionario público se ajusta a sus capacidades económicas.

Los actos realizados por el funcionario público descritos en los ejemplos constituyen comportamientos tentados desde el punto de vista de la teoría subjetiva; sin embargo, un criterio así debe ser rechazado porque permite ampliar la tentativa a casos que ni siquiera son capaces de lesionar o poner en peligro al bien jurídico<sup>164</sup>. Se puede observar que en la primera situación descrita el funcionario público ha realizado según su representación todos los actos de ejecución y ha conseguido su fin propuesto al incrementar su patrimonio, pero no pudo consumar el tipo penal por una razón ajena a su voluntad (tentativa acabada) al considerarse que el valor de los bienes que adquirió se encuentran ajustados a sus capacidades económicas, y el delito exige una desproporción económica apreciable entre el valor de los bienes y los ingresos legales para ser punible. En la segunda situación el funcionario público ha interrumpido la consecución de su plan por una causa ajena a su voluntad, habiendo sólo realizado algunos actos de ejecución que se había representado (tentativa inacabada), advirtiéndose con más evidencia en este caso una marcada lejanía entre los actos de ejecución y la consumación, como también de la puesta en peligro del bien jurídico.

Partiendo de que el CPPyo consagra en el art.3 el principio de prevención o lesividad, es necesario establecer un límite al criterio subjetivo adoptado en la tentativa, fundado en la capacidad objetiva de lesionar o poner en peligro al bien jurídico, con lo cual se considerarán impunes aquellos comportamientos que si bien realizan todos o algunos de los actos de ejecución según la representación del autor, no son idóneos para producir la consumación del delito. En la doctrina latinoamericana existen autores que admiten la tentativa de enriquecimiento ilícito cuando el servidor público haya realizado actos encaminados directa e inmediatamente a enriquecerse<sup>165</sup>, o cuando generan aumentos patrimoniales fronterizos con los incrementos significativos penalmente<sup>166</sup>. Estas posturas deben ser rechazadas. Si se admitiese la tentativa en actos directa e inmediatamente encaminados al enriquecimiento se estaría penando actos que según el plan de autor podrían ser sólo actos preparatorios, como las conversaciones previas del funcionario público con los futuros vendedores de los bienes. Aunque estas conductas fueran consideradas como actos encaminados al enriquecimiento, ni siquiera se subsumen en las acciones típicas previstas en el delito, por lo que ni llegan a ser actos ejecutivos. También decae el criterio que admite la tentativa cuando los actos del funcionario público generan aumentos patrimoniales fronterizos con los incrementos significativos penalmente, pues no cualquier enriquecimiento patrimonial es suficiente para consumar el delito, sino que además debe ser exagerado, apreciable o excesivo, de ahí que la cuantía es un factor esencial para la integración del tipo. Por esa razón, si no se aprecia un enriquecimiento patrimonial apreciable no habría nada que justificar por parte del funcionario público, por lo que las posibilidades de un comportamiento tentado decaen.

<sup>164</sup> Considera NÚÑEZ PAZ que una posición estrictamente subjetiva no parece compaginarse hoy en día con un Derecho penal del hecho, poniendo de relieve que en un Estado Democrático de Derecho el objetivo de la prohibición de la norma no puede agotarse en la resolución de la voluntad manifestada, sin acudir a criterios objetivos para determinar la punibilidad, pues ello consistiría a una ampliación excesiva, tanto en el ámbito de la tentativa como de los actos preparatorios y a la equiparación entre tentativa y consumación (NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *El delito intentado*. op. cit. pág. 31).

<sup>165</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. op. cit. pág. 129.

<sup>166</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 249.

Esta tesis coincide con la estructura de las modalidades típicas de enriquecimiento ilícito previstas en el art. 3.1º de la Ley N° 2523/04 al exigir que el incremento patrimonial debe sobrepasar las legítimas posibilidades económicas del funcionario público, lo que en otras palabras significa la apreciación de una “excesiva desproporción” entre el valor de los bienes adquiridos o las obligaciones canceladas y los ingresos legales percibidos por el funcionario público para que se considere mínimamente en peligro el bien jurídico. Por ello conviene reiterar que este delito no trata de un simple aumento de la situación económica del funcionario público, sino de una considerable mejoría de ella, en relación a la que tenía al asumir el cargo.

Asimismo, debe recordarse que los tipos penales contemplan comportamientos dotados de sentido o significación muy precisos, que resultan imprescindibles para establecer su tipicidad o atipicidad, y en base a esta premisa puede afirmarse que la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito rechaza la admisión de comportamientos tentados, en razón a que por más que el funcionario sólo haya realizado algunos actos de ejecución encaminados a enriquecer su patrimonio por la interferencia de una causa ajena a su voluntad, o si haya realizado todos los actos de ejecución planeados y consigue enriquecer su patrimonio, pero no el cuantitativamente requerido por el tipo, su conducta no es capaz de producir peligro alguno para el bien jurídico<sup>167</sup>. Al respecto, sostiene la doctrina que desde un punto de vista político criminal, la exigencia constitucional de una puesta en peligro del bien jurídico se proyecta sobre la estructura de cualquier injusto típico, y por lo tanto, también sobre la tentativa, insertando en éste un desvalor de resultado del que no puede prescindirse. De ahí que sea indudable que el peligro es condición necesaria para castigar cualquier clase de tentativa<sup>168</sup>.

Si se considera punible como comportamiento tentado el que dispara a otro errando los tiros o acertando en el cuerpo de la víctima sin matarla, es porque existió una evidente peligrosidad en concreto para el bien jurídico. En cambio, en el delito de enriquecimiento ilícito el legislador requiere para que la conducta sea punible que el funcionario público no sólo enriquezca su patrimonio, sino que además este incremento presente unos parámetros cuantitativos que se deducen de la interpretación del tipo, por lo que al sobrepasar dicho quantum el suceso típico recién tendría –a los ojos del legislador– la suficiente idoneidad para afectar el objeto de protección de la norma. En ese sentido, TODARELLO manifiesta que la tentativa no resulta punible en el delito de enriquecimiento ilícito pues cuando no existe el enriquecimiento exigido por la norma penal, el funcionario público no tiene nada que justificar<sup>169</sup>.

## 7. ASPECTO SUBJETIVO.

El CPPyo admite como posibles formas de realización subjetiva de un hecho punible al dolo y la imprudencia, y al respecto se refiere el art. 17 que expresa que cuando la ley no sanciona expresamente la conducta culposa, será punible sólo la conducta dolosa. El legislador con este precepto trasmite dos ideas fundamentales: a) para saber qué clases de imputación

<sup>167</sup> DÍAZ ARANDA sostiene que si de las investigaciones realizadas se llegara a determinar que los actos de ejecución del servidor público no habrían producido el monto de enriquecimiento exigido por la ley, se estaría ante una tentativa inidónea, la cual no es punible (DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. op. cit. pág. 131).

<sup>168</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario; ACALE SÁNCHEZ, María; NIETO MARTÍN, Adán; DEMETRIO CRESPO, Eduardo; PÉREZ CEPEDA, Ana. *Curso de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 370.

<sup>169</sup> TODARELLO, Guillermo Ariel. *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 319. Otros autores que comparten la inadmisibilidad de la tentativa en el enriquecimiento ilícito son: CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte especial*. op. cit. pág. 325; BUOMPADRE, Jorge. *Delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 353; MIKKELSEN-LOTH, Jorge. *Enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 52; ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. *El enriquecimiento ilícito. Aspectos jurídico-procesales*. op. cit. pág. 63.

subjetiva admite una determinada conducta penal, el intérprete necesariamente debe remitirse al tipo penal, y b) que la restricción a la punibilidad del dolo no requiere una mención expresa, pero sí exige una ampliación expresa para la imprudencia<sup>170</sup>.

En Alemania, el lenguaje cotidiano se refiere al dolo cuando se tiene algo en miras, es decir, cuando se lo antepone como meta o uno se lo propone. También la expresión “querer” está referida en el sentido del lenguaje cotidiano, sólo a aquello que uno se propone. Por ello, POPPE menciona que del entendimiento usual y cotidiano del lenguaje parte aún hoy en día la definición del dolo como saber y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto<sup>171</sup>. Por su parte, el diccionario de la RAE define al dolo en una primera acepción como “engaño, fraude o simulación”, que a primera vista no sirve en modo alguno para comprender el sentido que da el código penal a este elemento subjetivo del tipo, pero en una segunda acepción lo define como la “voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud”, lo que demuestra un contenido exclusivamente jurídico a dicho término<sup>172</sup>. En base a esto, desde un punto de vista general se entiende al dolo como el conocimiento y voluntad de realizar la situación objetiva descrita en el tipo penal<sup>173</sup>.

El aspecto cognoscitivo parte de que el sujeto debe tener un conocimiento efectivo de todos los elementos objetivos que describen la situación típica, sean éstos descriptivos como normativos. Estos elementos objetivos que describen un hecho típico siempre representan un factor de valoración, y en relación a esto advierte MIR PUIG que el conocimiento de los elementos normativos presenta mayores dificultades que el de los elementos descriptivos. La comprensión de éstos variará según las apreciaciones de cada grupo social e, incluso, de cada individuo, por no decir la posibilidad de que posea un contenido técnico de la que el hombre medio sólo tendrá en su caso una imagen vaga del mismo, en comparación a la que tendrá una persona especializada<sup>174</sup>. Por lo tanto, ¿qué grado de conocimiento exige el dolo? La doctrina ha contestado que el dolo exige del autor el conocimiento de la especial significación y función que poseen en la vida social los elementos mencionado en el tipo, y en ese sentido se ha hecho común la fórmula propuesta por MEZGER de una “valoración paralela del autor en la esfera del profano”, que significa que basta que se conozca el significado que posee el elemento normativo a nivel del profano, es decir, del no especialista; y debe concretarse todavía más, acudiendo al mismo nivel social en que se halla el autor<sup>175</sup>.

El aspecto volitivo se refiere a que el sujeto “quiere” alcanzar su fin propuesto, y para ello realiza su comportamiento dirigido a la consecución del resultado típico. El conocimiento de los elementos objetivos es el objeto de voluntad, en el sentido de que el sujeto quiere o, por lo menos, acepta la realización del tipo penal. En relación a ello, advierte RAGUES I VALLÉS que el elemento volitivo del dolo no debe ser confundido con la voluntariedad de la acción, que es presupuesto básico e imprescindible de cualquier infracción penal. Tal voluntariedad debe concurrir en todo caso para que pueda apreciarse una infracción penal: tanto quien da muerte a otro de un tiro en la nuca, como quien lo hace a consecuencia de su conducción descuidada,

<sup>170</sup> PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Traducido por Marcelo A. Sancinetti. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Año 2010. pág. 36.

<sup>171</sup> PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. op. cit. pág. 44.

<sup>172</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Acepciones N°s 1 y 2.

<sup>173</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general. El Hecho Punible*. op. cit. pág. 146; ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 415; MAURACH, Reinhart; GOSEEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. op. cit. pág. 376; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 267.

<sup>174</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 263.

<sup>175</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. idém pág.; TENCA, Adrián Marcelo. *Dolo eventual*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Año 2010. pág. 23; STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general. El Hecho Punible*. op. cit. pág. 150.

llevan a cabo un comportamiento voluntario y por ello puede ser castigada. En cambio, la voluntad como elemento del dolo toma como punto de referencia los elementos que integran el tipo penal: quien mata de un tiro en la nuca quiere, por regla general, causar un resultado de muerte, no así quien mata a consecuencia de un descuido<sup>176</sup>.

Coincidente con la mayoría de los ordenamientos penales, el CPPyo ha renunciado a dar una definición expresa del dolo, posiblemente con la intención de no establecer un concepto que otorgue más prevalencia a cualquiera de los dos elementos arriba mencionados, y así alejarse de la discusión bizantina que han hecho las teorías de la voluntad y del conocimiento sobre qué contenido debe requerir el dolo. De acuerdo al art.18 que define al «error de tipo» expresando “no actúa con dolo el que al realizar el hecho obrara por error o desconocimiento de un elemento constitutivo del tipo penal”, parecería que el legislador ha dado más protagonismo a la parte cognoscitiva, puesto que si el sujeto presenta un error cognitivo invencible sobre los elementos del tipo, debe descartarse el dolo de su conducta. Sin embargo, compartimos el criterio de QUINTERO OLIVARES, quien sostiene que la voluntad se infiere precisamente de que el autor actuó representándose el resultado, es decir, que la voluntad y la representación del resultado son elementos del dolo que no tienen por qué excluirse mutuamente sino que pueden y deben unirse<sup>177</sup>.

En cuanto al delito de enriquecimiento ilícito, el legislador ha decidido no incluir expresamente en el tipo penal la modalidad de comisión culposa o imprudente, por lo que sólo puede cometerse dolosamente<sup>178</sup>, postura que ha sido adoptada unánimemente por toda la legislación penal latinoamericana<sup>179</sup>. Según nuestra opinión, la decisión del legislador de incriminar solamente este delito a través de su realización dolosa se debe principalmente a la influencia derivada de la CNUCC que exige en el art.20 que el funcionario público “cometa intencionalmente” la conducta descrita en el delito de enriquecimiento ilícito, lo que ha obligado a los países que se han comprometido a incluir dicha figura en su ordenamiento penal a reducir el ámbito de punición exclusivamente a comportamientos con dolo directo.

La SDTS N° 39 de fecha 4 de diciembre de 2006 ha puesto en énfasis el nexo que debe existir en el dolo del funcionario público en cuanto a la faz volitiva y el conocimiento de los actos que han propiciado su enriquecimiento: “Se representó el objeto, la titularidad de la cuenta y los sucesivos depósitos en la misma y sus movimientos financieros, es decir, tenía conocimiento de la existencia de dicho dinero en su cuenta y anhelaba poseer dicho dinero. Por lo que para este tribunal por unanimidad es claro que se da el dolo directo porque aparte de conocer, anhelaba el resultado, dándose así el tipo subjetivo requerido por el inciso primero, literal a) del art. 3 de la Ley N° 2523 de 2004”. En igual sentido se puede leer en los fallos dictados por la jurisprudencia latinoamericana, por ejemplo, en la Sentencia de fecha 9 de junio de 2005 de la Sala IV de la Cámara de Casación Penal de la ciudad de Buenos Aires (Argentina) que expresa: “el tipo subjetivo es claramente doloso, y entonces, se le exigirá al agente haber sabido los elementos típicos al momento de la consumación, esto es, que se estaba

<sup>176</sup> RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1999. pág. 31.

<sup>177</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del Derecho penal*. op. cit. pág. 328.

<sup>178</sup> CUGAT MAURI señala que la inadmisibilidad de la imprudencia, además de derivarse de la propia estructura de la conducta, se fundamenta en una opción legislativa de más amplio calado, cual es la de restar relevancia penal a las conductas imprudentes contra la administración pública, dejando su persecución a la esfera administrativa. Con ello, se satisfacen las voces doctrinales que veían en el elemento subjetivo un factor idóneo para establecer los límites de una controvertida frontera entre una y otra esfera (CUGAT MAURI, Miriam. *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. op. cit. pág. 233).

<sup>179</sup> PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 244; BUOMPADRE, Jorge. *Delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 354; CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte especial*. op. cit. pág. 326; TODARELLO, Guillermo Ariel. *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 318.

enriquecimiento de manera apreciable y que este enriquecimiento no estaba originado en ingresos legítimos”.

Esta clase de dolo (directo) exige que el autor persiga la realización del tipo penal queriendo alcanzar su fin propuesto<sup>180</sup> que es el excesivo incremento indebido de su patrimonio, y para ello debe comprender efectivamente los elementos descriptivos y normativos del delito de enriquecimiento ilícito. En primer lugar, el dolo del sujeto debe abarcar que está en posesión de la cualidad jurídica de funcionario público, el cual es un elemento normativo esencial del delito que estamos analizando. En segundo lugar, el agente público debe comprender que no sólo está realizando actos de obtención material de bienes y servicios a través de la propiedad, posesión o usufructo, o de cancelación de deudas u obligaciones, sino que debe representarse que dichas adquisiciones o cancelaciones en cuanto a su valor son suficientemente idóneas para producir el resultado querido, es decir, debe saber que se está enriqueciendo<sup>181</sup>. En tercer lugar, y como dato decisivo del dolo del agente, es fundamental que sepa que el valor de los bienes que adquiere o de las deudas que cancela, sobrepasa excesivamente sus legítimas capacidades económicas. Esta parte del delito es eminentemente normativo y constituye la piedra angular del mismo en razón a que es el elemento objetivo que determina su ilicitud.

La determinación plena sobre el grado de conocimiento de la ilicitud del enriquecimiento (la excesiva desproporción entre el enriquecimiento patrimonial y las legítimas posibilidades económicas), no resulta difícil en los casos de funcionarios públicos que sólo poseen como única fuente de ingresos sus remuneraciones legales provenientes del ejercicio de su cargo, ya que es obvio que a parte de solventar sus necesidades personales y familiares, puede que le quede un cierto margen para invertirlo o ahorrarlo. Si el funcionario público es consciente que el valor de lo que adquiere excede desproporcionadamente el margen económico restante que posee, resulta inequívoco afirmar que tiene pleno conocimiento de que está realizando un acto de adquisición que sobrepasa sus legítimas posibilidades económicas. Lo mismo puede deducirse del funcionario público que además de su remuneración legal posee otros ingresos, puesto que resulta razonable pensar que cualquiera que conoce diligentemente sus negocios, rentas o ingresos, sabe con un alto grado de certeza la entidad de su capacidad económica luego de hacer frente a todas las erogaciones que ha asumido.

Para el conocimiento de este elemento normativo son fundamentales los aportes del método experimental que requiere para contrastar o comprobar una determinada situación la introducción de un elemento de referencia<sup>182</sup>, que en este caso es la debida diligencia que debe realizar una persona sobre su patrimonio. La simple regla de experiencia sobre la diligencia que debe tener uno mismo sobre su patrimonio e intereses propios, permite conocer desde el punto de vista del “hombre medio o del profano” si una persona (en este caso un funcionario público) comprende que el valor de su enriquecimiento patrimonial sobrepasa sus legítimas posibilidades económicas, constituyendo un baremo general imprescindible para enjuiciar este elemento normativo desde el punto de vista interno del autor.

En cuanto a la exigencia de justificación, ya hemos expuesto nuestra opinión de que a pesar de no ser descrito en el tipo como elemento objetivo, la jurisprudencia ha reconocido a la misma como parte esencial del delito de enriquecimiento ilícito, cumpliendo la función de

<sup>180</sup> LAUREZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. op. cit. pág. 186 “En cuanto al dolo directo, hay acuerdo en incluir en él todas aquellas consecuencias de la acción que constituyen el fin del autor, es decir, los efectos perseguidos por el sujeto con su comportamiento. Nos situamos así ante el supuesto donde la voluntad adquiere el máximo protagonismo, jugando el conocimiento tan sólo el papel de presupuesto necesario para que aquélla pueda desplegar su función orientadora del hecho”.

<sup>181</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 221.

<sup>182</sup> ROLDÁN BARBERO, Horacio. *Introducción a la investigación criminológica*. 2ª Edición. Editorial Comares. Granada. Año 2009. pág. 83.



*condición objetiva de punibilidad impropia*, y por lo tanto, no es necesario que sea abarcado por el conocimiento del funcionario público, es decir, por su aspecto subjetivo. Por lo tanto, si un funcionario público, de acuerdo a su plan, posee pleno conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal en estudio, y a pesar de ese conocimiento decide realizarlo queriendo alcanzar su fin propuesto, está actuando con dolo. En conclusión, el delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04 deber ser interpretado y aplicado desde el sentido propuesto en la CNUCC que exige que el funcionario público obre “intencionalmente”, no como un elemento subjetivo adicional o agravatorio respecto de las clases de dolo, sino como criterio de restricción de punición de comportamientos exclusivamente cometidos con dolo directo.

## **8. EL ERROR DE TIPO Y DE PROHIBICIÓN. SU APLICACIÓN AL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.**

En Derecho penal la teoría del error se refiere cuando éste recae sobre algún elemento objetivo configurador de la definición legal del comportamiento delictivo o sobre la prohibición jurídico penal de la misma<sup>183</sup>. En este sentido, MIR PUIG menciona que si el dolo típico requiere saber que se realiza la situación prevista en el tipo de injusto, el error de tipo supone su ausencia cuando el sujeto desconoce alguno o todos los elementos del tipo. En cambio, el error de prohibición no supone el desconocimiento de un elemento de la situación descrita por el tipo, sino del hecho de estar prohibida su realización<sup>184</sup>. El CPPyo se refiere al error de tipo en el art.18: “No actúa con dolo el que al realizar el hecho obrara por error o desconocimiento de un elemento constitutivo del tipo legal. Esto no excluirá la punibilidad en virtud de una ley que sanciona la conducta culposa”, y al error de prohibición en el art. 22: “No es reprochable el que al realizar el hecho desconozca su antijuridicidad, cuando el error le era inevitable. Pudiendo el autor evitar el error, la pena será atenuada con arreglo al artículo 67”.

Si se tiene en cuenta el tipo objetivo del delito de enriquecimiento ilícito es fundamental para que la conducta sea típica que el funcionario público sepa que el valor de los bienes que adquiere o de las obligaciones que cancela sobrepasa excesivamente sus legítimas posibilidades económicas, por lo que toda ignorancia o desconocimiento sobre cualquiera de estos elementos constituye un caso de error de tipo. Desde nuestro punto de vista, el elemento que más problemas conlleva es el que determina la ilicitud del enriquecimiento, el cual se encuentra descrito en el tipo con la frase “sobrepase sus legítimas posibilidades económicas”, lo que nos revela que este presupuesto se sustenta sobre un elemento normativo. Dado que la capacidad económica de una persona no es constante, es decir, puede fluctuar por efecto de determinados factores (el número de fuentes de ingreso o, la mayor o menor cantidad de erogaciones u obligaciones asumidas), no es posible descartar que el funcionario público pueda llegar a probar en juicio que desconocía que el valor de los bienes que enriquecieron su patrimonio sobrepasaba excesivamente su legítima capacidad económica, circunstancia que en este caso excluiría directamente al dolo, ya que el delito de enriquecimiento ilícito no contempla la modalidad típica culposa.

Otra cosa distinta es que el sujeto crea erróneamente que incrementar excesivamente su patrimonio por sobre las posibilidades económicas que le confieren sus ingresos legales sea un acto lícito. En la doctrina latinoamericana D´ALESSIO es de la opinión que el error sobre la legalidad del enriquecimiento no constituye un error de prohibición, pues si el funcionario se enriquece convencido de que lo hace lícitamente, porque entiende que puede acrecentar su situación patrimonial de ese modo sin que exista ningún tipo de impedimento derivado de su condición de funcionario público, se estará ante un error de tipo aun cuando, por lo general,

<sup>183</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error en Derecho penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1989. pág.15.

<sup>184</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 271.

recaiga sobre algún aspecto normativo. Para este autor este tipo de casos podría presentarse en situaciones en que el sujeto desconoce algún aspecto en particular del régimen de incompatibilidades para el ejercicio de la función pública o juzgue erróneamente su significado y alcance<sup>185</sup>. Esta postura no puede compartirse debido a que no se ajusta a los postulados de la teoría del error, como tampoco a la propia interpretación del injusto del enriquecimiento ilícito, pues si el funcionario se enriquece excesivamente convencido de que lo hace lícitamente, no existe duda de que el sujeto cree que incrementar su patrimonio por encima de sus legítimas posibilidades económicas es un acto permitido por el ordenamiento jurídico, siendo este supuesto es un claro caso de error de prohibición.

Como puede apreciarse, existe una diferencia fundamental entre que el funcionario público realice la conducta punible con desconocimiento de algún elemento perteneciente al tipo, y que la realice dolosamente pero en la creencia errónea de hallarse legitimado por el Derecho para ello. MUÑOZ CONDE afirma que la distinción entre tipicidad y antijuridicidad obliga a distinguir entre el conocimiento de los elementos que pertenecen a la tipicidad y el de los elementos que pertenecen a la antijuridicidad. El dolo que abarca el conocimiento de los elementos del tipo es un dolo natural que nada tiene que ver con el conocimiento de la antijuridicidad que se sitúa en un plano sistemático distinto y con distinta función político criminal. Así, propone el ejemplo del cazador que en una cacería dispara contra otro cazador creyendo erróneamente que es un animal, del miembro de las fuerzas del orden que creyéndose erróneamente en el cumplimiento de su deber, dispara contra una manifestación pacífica que pide la dimisión del gobierno. En el primer caso, falta el conocimiento de un elemento esencial de un delito doloso, y en el segundo, el funcionario sabe perfectamente que dispara contra unas personas, pero en su conciencia no se representa que su hecho esté prohibido y lo considera que está dentro de las atribuciones legales de su profesión<sup>186</sup>.

Que un sujeto posea la calidad jurídica de funcionario público supone el conocimiento de derechos y obligaciones especiales que el Estado ha establecido para ese rol con el objeto de organizar y sostener una buena administración general enfocada estrictamente en los intereses generales. En coincidencia con esta opinión, REYES ALVARADO afirma que es claro que a cada portador de roles le son exigibles determinadas formas de comportamiento, las cuales a su vez presuponen la existencia de ciertos conocimientos que cada persona, de acuerdo con el rol que desempeñe, debe poseer; por lo tanto, las expectativas de comportamiento se basan en los conocimientos y capacidades que un garante debe poseer<sup>187</sup>. De modo que toda persona que presta servicios dentro del aparato estatal, y en mayor medida si dispone de recursos públicos, gestiona alguna fuente de peligro administrada por el Estado o realiza una actividad cuya función es la toma de decisiones administrativas, encuentra siempre su actuar reglado por normas imperativas que le proporciona una posición jurídica frente a la sociedad cuya mayor transcendencia jurídica es, según DE LA CUESTA AGUADO, la obligación de conocer las reglas del rol que cumple<sup>188</sup>, que para el caso de los funcionarios públicos están previstas en el ordenamiento extrapenal de la función pública, específicamente en la CNP y en la LFPP. Así, aquellas personas que se encuentran en determinada posición jurídica con relación al

<sup>185</sup> D'ALESSIO, Andrés José. *Código penal comentado y anotado. Parte Especial*. op. cit. pág. 871.

<sup>186</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error en Derecho penal*. op. cit. pág. 27.

<sup>187</sup> REYES ALVARADO, Yesid. *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*. ADPCP N° 45. Año 1992. págs.953 y 954.

<sup>188</sup> Esta autora sostiene que quien actúa en una determinada posición jurídica relacionada con ámbitos de riesgo o con obligaciones jurídicas frente a la sociedad, tiene el deber de conocer las reglas del rol que cumple. Entiende por "rol" el conjunto de reglas de conducta, derechos y obligaciones que definen una situación social. Es decir, el rol es un conjunto normativo con transcendencia jurídica, en cuanto que constituido, validado o reconocido por el ordenamiento jurídico que asocia normas jurídicas al rol, sitúa al actor en una determinada posición jurídica, que debe ser conocido por éste y sobre el que se genera un deber de información. (DE LA CUESTA AGUADO, Paz. *Conocimiento de la ilicitud*. Cuadernos-Luis Jimenez de Asúa. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2007. pág. 136).

ordenamiento jurídico –como el caso de los funcionarios públicos–, tienen un deber de informarse respecto de las normas que configuran y regulan dicha posición jurídica, no abarcando dicho deber el conocimiento de todo el ordenamiento jurídico, sino exclusivamente aquellas normas jurídicas especiales relacionadas con su rol<sup>189</sup>.

Una de las consecuencias que surge de este deber de conocimiento atribuido al funcionario público es la limitación de los casos en que podría alegar “error sobre el conocimiento de una norma” de su cargo (*error iuris nocet*), con el fin de exonerar algún tipo de responsabilidad por su incumplimiento. Dicho argumento estaría reforzado por la circunstancia de que en todos los ordenamientos jurídicos se halla estipulado el principio *ignorantia iuris non excusat*, y para el caso del funcionario público se reconoce un mayor peso de este principio sobre su persona al poseer una posición jurídica especial dentro de la sociedad, y sobre todo, por el deber de conocimiento que emana de su rol<sup>190</sup>. El principio *ignorantia iuris non excusat* sostiene que nadie puede excusarse de responsabilidad por ignorancia de la ley (ignorancia de derecho), en cuanto al conocimiento de las conductas prohibidas descritas en el ordenamiento jurídico dirigidas a la generalidad social. La fundamentación de este principio radica en que la ley presume que todos los habitantes de un Estado conocen los mandatos previstos en la ley vigente tendientes a regular la vida en sociedad extendiéndose también al ámbito penal, pero dicha presunción no se ha presentado en el derecho positivo de forma absoluta reconociéndose desde la época de Derecho romano ciertas excepciones al principio<sup>191</sup>.

El Derecho no puede dejar de reconocer que muchas de las leyes que componen un ordenamiento jurídico no lleguen a ser realmente conocidas por los ciudadanos a causa de la constante y compleja producción legislativa o por contener aquellas elementos normativos técnicos que no están al alcance de la comprensión del ciudadano medio<sup>192</sup>. En estos casos, los destinatarios de las normas jurídicas podrían alegar un error de prohibición, es decir, una falta de conocimiento sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa para excluir la imposición de una sanción en caso de un incumplimiento normativo, pero estas excepciones deberían admitirse con carácter restrictivo.

<sup>189</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz. *Conocimiento de la ilicitud*. op. cit. pág. 137.

<sup>190</sup> CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad del error de prohibición*. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2012. pag. 179 “Para los roles con acceso restringido rigen reglas más estrictas, en tanto estas restricciones deban servir también para asegurar conocimientos jurídicos estándares. Se trata de aquellas actividades profesionales o similares que sólo pueden ser ejercidas por quienes poseen conocimientos especiales, lo cual incluye conocimientos jurídicos específicos sobre la materia. Esta restricción se pone habitualmente de manifiesto en la necesidad de aprobar un examen de admisión o de contar con una autorización estatal como condición previa para el ejercicio lícito de esas actividades. Con frecuencia, las normas especiales que rigen esos ámbitos, en especial las que regulan el ejercicio de actividades profesionales o similares, persiguen precisamente conjurar los peligros que esas actividades traen aparejados. De las personas que ocupan estos roles se espera, por ello, que se informen de las normas específicas sobre la materia y se mantengan al corriente de las novedades y modificaciones que pudieran operarse”.

<sup>191</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz. *Conocimiento de la ilicitud*. op. cit. pág. 62 “Un repaso a la historia del pensamiento jurídico, siguiendo a Jiménez de Asúa, nos muestra que el argumento histórico a favor del principio *ignorantia iuris non excusat* tiene una validez relativa, pues no se puede afirmar con rotundidad la irrelevancia histórica de la ignorancia de las leyes penales como argumento para la exención de la pena. Por el contrario, ya el Derecho romano preveía una serie de supuestos y exenciones en caso de desconocimiento del Derecho. En el Derecho canónico, la ignorancia tenía virtud atenuante y eximente respecto de las normas locales. En la práctica judicial española, incluso en el Siglo XVIII, podría afirmarse que de alguna forma se reconocía la injusticia de la pretensión de vigencia absoluta del principio y la virtualidad del desconocimiento al menos en el ámbito penal”.

<sup>192</sup> Según MOLINA FERNÁNDEZ habría una situación verdaderamente paradójica dentro de los ordenamientos jurídicos. Por un lado, en el mundo jurídico existen cláusulas que expresan el principio *ignorantia iuris non excusat* que se consideran parte esencial de un sistema jurídico. Por otro, resalta que cuesta conseguir acuerdo en que al menos el error de prohibición invencible debe excluir la pena, pero si de lo que se trata es de intentar justificar que la propia existencia de una norma o, lo que es lo mismo, el nacimiento del deber jurídico, queda supeditado a que el sujeto la conozca, la sensación es de estar luchando contra una marea invencible (MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuricidad Penal y sistema del delito*. Editorial J.M. Bosch. Barcelona. Año 2001. pág. 586).

Por ejemplo, en la jurisprudencia española la STS 601/2005 de fecha 10 de mayo, sostiene que el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuricidad, afirmando la presunción del conocimiento de la antijuricidad del hecho delictivo, salvo que quien alegue el error como forma de excusación de la responsabilidad criminal demuestre el error y su invencibilidad<sup>193</sup>. Esto es un claro ejemplo que demuestra que para la generalidad de los ciudadanos, el ordenamiento jurídico presume la vigencia del principio *ignorantia iuris non excusat*, pero como una presunción *iuris tantum* que debe ser desvirtuada por la persona que alegue que ha cometido un hecho con desconocimiento de la antijuricidad de su acto. Sin embargo, en la misma sentencia el citado órgano judicial establece un criterio totalmente opuesto para aquellas conductas cuya ilicitud sea notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada, de modo que los delitos que las contengan tendrán una presunción *iuris et de jure*<sup>194</sup>. Al respecto, la mencionada sentencia manifiesta: “...no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente..., no cabe invocarlo cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico que a todo el mundo le consta están prohibidas, pues su ilicitud es notoriamente evidente”.

De los aportes de la doctrina y de la jurisprudencia española se hace evidente que la presunción *iuris tantum* que reconoce el ordenamiento jurídicos a todos los sujetos sociales en cuanto a la aplicación del principio *ignorantia iuris non excusat*, no puede ser extendida en su plenitud a las personas que ostentan roles especiales (sujetos a obligaciones y deberes específicos), entre las cuales se encuentran los funcionarios públicos de acuerdo a los siguientes razonamientos. En primer lugar, el rol social de funcionario se encuentra regulado por un ámbito del ordenamiento jurídico totalmente diferente a los particulares (Derecho público) que les exige unos niveles cognitivos muchos más altos sobre la obligatoriedad de las normas<sup>195</sup> en virtud a los riesgos que pueden derivar de su actuación y como garante del interés general de todos los ciudadanos. Ya a principios de la pasada centuria ENRIQUE MHARTÍN y GUIX decía que el funcionario no sólo debe hallarse familiarizado con esa copiosa variedad de disposiciones que puedan afectar a su competencia, sino que también debe saber apreciar el verdadero alcance de las atribuciones que le están conferidas y responder prácticamente a la ejecución material y trámite de cuantas diligencias comprendan los procedimientos vigentes<sup>196</sup>. En segundo lugar, dadas las cualidades especiales que posee la función pública, el Derecho con acierto establece normativamente las expectativas de dicha organización estatal con anticipación a la inclusión de las personas que posteriormente ejercerán los distintos cargos, a los efectos de que conozcan

<sup>193</sup> En este sentido se expresa la STS 79/2012 de fecha 9 de febrero (caso del juez Baltazar Garzón): “el acusado no incurrió en error alguno al dictar las resoluciones prevaricadoras. Para apreciar la existencia del error, de la clase que sea, no basta con su mera alegación sostenida sobre la afirmación de que el acusado creyó que actuaba lícitamente o mantenía una creencia equivocada sobre un elemento del tipo. Es preciso acreditarlo mediante la prueba de los elementos que permiten establecer que su creencia era mínimamente razonable, es decir, que tenía suficiente consistencia como para inducirle a error”.

<sup>194</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz. *Conocimiento de la ilicitud*. op. cit. pág. 50.

<sup>195</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz. *Conocimiento de la ilicitud*. op. cit. pág. 73 “El límite de la obligatoriedad del conocimiento de las normas por parte de los ciudadanos, la podemos encontrar en el mismo ordenamiento jurídico. Po regla general, la regulación de las conductas desplegadas por la generalidad de las personas en sus interacciones sociales esta determinada por el principio de prohibición que establece que todo lo que no esta prohibido esta permitido. En cambio, con respecto a las actividades y conductas de las personas que ostentan un cargo público, y que por ende, poseen expectativas especiales emanadas de su rol social, están determinadas por el principio de legalidad que básicamente establece que dentro del ámbito del Derecho público, toda conducta (acción u omisión) se permite a menos que este expresa e inequívocamente en la ley”.

<sup>196</sup> MHARTÍN Y GUIX, Enrique. *Manual del empleado (1905)*. Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid. Año 2007. pág. 73.

desde un principio los comportamientos jurídicamente adecuados a su rol y aquellos comportamiento que se pretenden evitar<sup>197</sup>.

Si partimos del hecho de que la propia CNP establece en el art.104 un deber de transparencia dirigido al funcionario que le conmina a vivir honesta y exclusivamente de los ingresos legales derivados del desempeño de su cargo público, y además, existe expresamente en el ordenamiento vigente un tipo penal (el enriquecimiento ilícito) que tiende a evitar que los miembros de la función pública enriquezcan su patrimonio excesiva e injustificadamente por encima de sus legítimas posibilidades económicas, es evidente que el funcionario posee un conjunto normativo que debe ser aprendido por el sujeto calificado desde que inicia el proceso de inclusión a la función pública, por lo que es inaceptable toda alegación que manifieste su desconocimiento absoluto.

Desde nuestro punto de vista, queda claro que la relatividad de la presunción *ignorantia iuris non excusat* no podría beneficiar a los miembros de la función pública de la misma forma que a la generalidad de los actores sociales, puesto que su deber de conocimiento quedaría reforzado no sólo por la fuerza elocutiva de sus normas, sino también por la forma institucionalizada en que se las transmite y aprende por sus integrantes<sup>198</sup>. En este sentido, CORCOY BIDASOLO sostiene que en la mayoría de los delitos que protegen bienes jurídicos penal supraindividuales (entre los que se encuentra la función pública) se requiere profesionalidad<sup>199</sup> por parte de quien realiza comportamientos en estos ámbitos, y ésta profesionalidad determina que exista una cierta presunción de que los sujetos que participan en estas actividades conocen, al menos eventualmente, el significado antijurídico de su comportamiento. Así, la utilización del criterio de exigibilidad determina que sobre el autor, por su carácter profesional, recae un deber de información mayor que el que obliga, en general, a todos los ciudadanos. Al profesional le es más exigible conocer, por lo que, cuando exista duda sobre el conocimiento del significado antijurídico de su comportamiento, en principio, habrá que considerar que es una “duda resoluble” y, que, por tanto, no tiene efectos ni de atenuación de la pena ni exclusión de la responsabilidad criminal<sup>200</sup>.

Este criterio puede leerse con ciertos contornos en la STS 367/2001 de fecha 22 de marzo. Según el caso juzgado, unos funcionarios públicos alegaban un supuesto error de prohibición sobre unas captaciones de conversaciones telefónicas, que según su creencia no

<sup>197</sup> Dice MANSO PORTO que en ciertos ámbitos sociales se configuran frecuentemente distintas pruebas de acceso, justamente, para que a los futuros aspirantes se les garanticen un standard de conocimientos jurídicos de acuerdo a su respectiva actividad. Pero toda persona que ejerce este tipo de actividades le surgiría así también la obligación, en cierta medida, de estar al corriente de posibles modificaciones del estándar que ha recibido en un principio, lográndose dicho fin al margen de las publicaciones que se realicen en los boletines oficiales del Estado, de innumerables formas entre las que la capacitación y la profesionalización del funcionario juega un papel importante (MANSO PORTO, Teresa. *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*. Cuadernos Luis Jiménez de Asúa. Editorial Dykinson. Madrid. Año 1999. pág. 57).

<sup>198</sup> En Colombia, la Procuraduría General de la Nación publica constantemente fuentes documentales por el sistema de Relatoría, los criterios doctrinales de la entidad para facilitar la información tendiente a enriquecer los conocimientos del funcionario público acerca de sus deberes y obligaciones. En un caso de error de prohibición, puede observarse como la doctrina disciplinaria dirigida al funcionario público, además de referirse al objeto del documento, también transmite ciertos criterios acerca del rol del funcionario público. La Relatoria N° 289 de octubre de 2008 mencionado lo siguiente: “De acuerdo a la doctrina, la persona considerada culpable de una falta disciplinaria debe tener la posibilidad efectiva de conocer la norma, y comprenderla y con ello comprender la ilicitud de su conducta. Esto es de suyo tratándose del servidor público, en condiciones normales. El funcionario al entrar al ejercicio del cargo debe conocer sus funciones, ser competente y entender el alcance de sus actos y omisiones”. Vid: <http://relatoria.procuraduria.gov.co>.

<sup>199</sup> Esta autora utiliza el término profesional en un sentido amplio que abarca, junto a los profesionales en sentido estricto, a los empresarios, fabricantes, comerciantes, funcionarios y autoridades.

<sup>200</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. op. cit. págs. 316 y 317.

constituían actos ilícitos porque se encontraban desempeñando “misiones típicas o normales” de un servicio de inteligencia y ligadas al cumplimiento de los deberes específicos de su servicio. Sobre ello el Tribunal Supremo de España manifestó lo siguiente: “es difícil construir un error de prohibición en unos funcionarios que actuaban al servicio de la Administración del Estado y que tenían que conocer cual era el cuadro de valores vigentes en el marco constitucional, en el que todos debemos desarrollar nuestras actividades. Es perfectamente perceptible y asimilable por cualquiera, que estos valores no pueden ser conculcados sino en los casos y con las previsiones establecidas en la ley, que siempre serán excepcionales y en función de unos intereses superiores. Unos funcionarios, de diversas escalas, al servicio de la seguridad nacional, deben conocer mejor que nadie estos límites, pues se resentiría la seguridad de todos si no se respeta las previsiones constitucionales sobre el secreto de las comunicaciones. En consecuencia, faltan los presupuestos necesarios para construir un error invencible y ni siquiera de prohibición”<sup>201</sup>.

En cuanto al error de prohibición vencible sobre los deberes y obligaciones de los funcionarios públicos, la doctrina y la jurisprudencia lo han admitido en ciertos casos, especialmente cuando existe un conocimiento negligente sobre el alcance de las facultades que la ley otorga al funcionario. Por ejemplo, en la STS 1516/2005 de fecha 21 de enero de 2005, se consideró admisible la aplicación del art.14.3 del CPE, en un caso en el que un funcionario del cuerpo de policía había detenido a un sujeto sin mediar causa por delito dentro de los contornos del art.167 del mismo cuerpo legal, sosteniendo la aplicabilidad del error de prohibición evitable en razón a que era evidente que el acusado actuaba en un ámbito en el que debía cerciorarse de las facultades que le acuerda la ley en relación con los derechos fundamentales de una persona.

En base a estas reflexiones parece difícil que a un funcionario público se le pueda otorgar la exculpación total de la responsabilidad penal de acuerdo a los alcances del “error de prohibición invencible”, pudiendo en todo caso, beneficiarse de las consecuencias jurídicas del “error de prohibición vencible”, siempre que de los hechos constatados en juicio se pueda llegar a tal conclusión y que la parte que lo alega pueda probarlo. Resumiendo nuestras ideas, si un funcionario público decide utilizar su cargo para cometer un hecho de corrupción, estaría realizando una conducta que no se ajusta a los contornos de su actuar permitido y conocido (situación que podría darse por la extralimitación de sus deberes y obligaciones o por la omisión de los mismos), lo que provoca un riesgo desaprobado como consecuencia del aumento de los niveles de tolerancia que la sociedad ha decidido aceptar de acuerdo a su función. Su comportamiento será “desvalorado” por la sociedad porque el funcionario posee la suficiente idoneidad ex ante de conocer que su conducta es contraria a derecho, y que a pesar de este conocimiento, igualmente la comete.

## **9. MARCO PENAL Y OTRAS CONSECUENCIAS DEL DELITO.**

Una vez que el legislador elige del contexto social los intereses más importantes a ser protegidos por el Derecho penal, debe hacer dos pasos más: seleccionar aquellas conductas que los atentan de forma más grave y fijar las sanciones penales necesarias para evitarlas<sup>202</sup>. Todo

<sup>201</sup> En este contexto se expresan las siguientes sentencias: STS 5/1992 de fecha 31 de octubre, “En el caso que nos ocupa, no puede de ninguna manera hablarse de que la recurrente estaba en la creencia de que no era prohibido, ni el poner un sello en un documento falso para darle trámite, ni el cobrar cantidades en metálico por tal acción, cuando se trata de un funcionario público con una necesaria cultura general y unos comportamientos, aunque fuera mínimo, de la función administrativa y con destino en el mismo organismo encargado de tramitar o facilitar los referidos permisos temporales de circulación”; STS 35/2001 de fecha 21 de junio, “No es aceptable que quien durante diecisiete años ha desempeñado cargos electivos municipales, ya como Alcalde, ya como concejal, pretenda desconocer cuáles son los derechos que asisten a unos y las consecuencias que tiene sus propias resoluciones”.

<sup>202</sup> La CNP en el art. 20 establece que las penas tiene por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad, entendiéndose esta última finalidad como la salvaguardia de los bienes jurídicos fundamentales

ello debe hacerse atendiendo a consideraciones de índole político criminal, diseñando una estrategia de intervención jurídico-penal con la finalidad de prevenir, tanto en términos generales como especiales, dicho género de conductas o al menos sus formas más graves<sup>203</sup>.

Sin embargo, en un Estado de Derecho la selección y sanción de las conductas que producen un peligro o lesión a los bienes jurídicos se encuentra sometida a principios de naturaleza constitucional, de los cuales el principal y más importante es el de legalidad penal. Este principio constituye una garantía básica de todo ciudadano porque permite saber qué es lo que está prohibido y qué consecuencias trae aparejada la realización de una conducta prohibida. Por lo tanto, no sólo se exige que las conductas delictivas estén descritas en la ley, sino también que las penas de los delitos sean expresamente determinadas en ella<sup>204</sup>. En ese sentido, es claro el CPPyo al prever el principio de legalidad penal en el art.1 que dice: “Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción”.

La función pública es un bien jurídico imprescindible para la sociedad por las diversas actividades funcionales que realiza en beneficio de todos los ciudadanos, las cuales en su mayoría están dirigidas a satisfacer sus necesidades básicas. En base a esto, no existe duda que los comportamientos que efectivamente producen una grave perturbación a la función pública deben ser pasibles de merecimiento de pena, criterio refrendado por los art.20 de la CNP y 3 del CPPyo que prescriben que el objeto de las penas es la protección de los bienes jurídicos. En ese sentido, el legislador ha incriminado y agrupado en el Capítulo III del Título VIII de la Parte Especial del código penal bajo la rúbrica “Hechos punibles contra el ejercicio de las funciones públicas” (arts.300 al 318), aquellas conductas delictivas con más idoneidad lesiva para este interés social. Estos comportamientos punibles se encuentran en la mayoría de los casos en conexión con un único posible autor, un funcionario público (a excepción del soborno cuyo sujeto activo es un particular), debido a que este sujeto posee una relación tan íntima con el bien jurídico que es el único que tiene la posibilidad de vulnerarlo. A este grupo de delitos se ha sumado el delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04.

Constatado el merecimiento de pena de las conductas atentatorias contra la función pública, el siguiente paso es decidir sobre su necesidad de pena en la que será preciso proceder a la realización de un análisis coste-eficacia acerca de los efectos de la imposición de la pena, atendiendo al grado de peligrosidad de los sujetos, la tasa de frecuencia de dichas prácticas y las necesidades de prevención tanto general como especial que se derivan de la comisión de este género de conductas incriminadas<sup>205</sup>. Estos elementos deben ser tomados en cuenta con coherencia al momento de establecer los respectivos marcos penales, determinación que siempre estará limitado por el principio de proporcionalidad. Este principio se dirige especialmente al

---

sobre los que se sustenta la comunidad social. Este artículo constitucional se encuentra a su vez regulado en el art. 3 del CPPyo que prescribe que las sanciones penales tienen por objeto la protección de los bienes jurídicos. En ese sentido, MIR PUIG sostiene que en un Estado al servicio de los ciudadanos, la limitación de derechos que implica toda intervención penal ha de justificarse por la finalidad de proteger intereses directos o indirectos de los ciudadanos, previniendo lesiones de dichos intereses (MIR PUIG, Santiago. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*, en: Carbonell Mateu, Juan Carlos; González Cussac, José Luis; Orts Berenguer, Enrique (Directores): Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Tomo II. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2006. pág. 1362).

<sup>203</sup> PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales*. op. cit. pág. 97.

<sup>204</sup> RAMOS TAPIA, María Inmaculada; WOISCHNIK, Jan. *Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideraciones del principio de proporcionalidad*, en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Editorial Konrad-Adenauer-Stiftung. Año 2001. pág. 145.

<sup>205</sup> PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales*. op. cit. pág. 102.

legislador a la hora de fijar los marcos penales y le exige una razonable proporción entre la gravedad del delito y la pena con la que de forma general va a conminar en la ley<sup>206</sup>. Para ello es fundamental la relación de la pena con la gravedad intrínseca del hecho, es decir, con el desvalor de la acción y desvalor del resultado<sup>207</sup>. De este modo, se puede definir al marco penal como la cantidad de pena que el Estado considera lícito y necesario atribuir a la comisión de una conducta incriminada, como decisión político criminal, en la que se refleja la gravedad que se atribuye a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que se pretende proteger en un momento histórico determinado<sup>208</sup>.

El legislador ha establecido en el art. 3.1º de la Ley Nº 2523/04 que todo funcionario público que cometa el delito de enriquecimiento ilícito sea sancionado con una *pena privativa de libertad de uno a diez años*. Llama la atención la fijación de este marco penal que por su amplitud y gravedad es considerado un crimen de acuerdo al art.13 del CPPyo, en comparación a otros delitos que protegen el mismo bien jurídico y poseen idéntico sujeto activo (funcionario público), cuyos marcos penales tienen un límite máximo que sólo alcanza la mitad del delito de referencia. En esta investigación se ha señalado la naturaleza subsidiaria de este delito, y en relación a ello se observa que los hechos ilícitos que se presumen ser la causa u origen del enriquecimiento patrimonial indebido del funcionario público son delitos contra el ejercicio de las funciones públicas, los cuales muestran una cierta simetría en sus tipos base<sup>209</sup> en cuanto a sus marcos penales, cuyo límite mínimo tendría como denominador común la pena de seis meses y el máximo entre tres y cinco años de pena privativa de libertad. Por ejemplo, el delito de cohecho pasivo tiene un marco penal base de hasta tres años de pena privativa de libertad o multa. Si el autor fuera un juez o árbitro la pena privativa de libertad se eleva hasta cinco años de pena privativa de libertad o multa<sup>210</sup>. El delito de prevaricato tiene un marco penal base de dos a cinco años de pena privativa de libertad<sup>211</sup>. El delito de revelación de secretos de servicio tiene un marco penal base de hasta cinco años de pena privativa de libertad o multa<sup>212</sup>. Por eso tiene razón RIMONDI en acotar que al ser el enriquecimiento ilícito una figura alternativa a otras conductas valoradas negativamente, es obvio que su sanción debe presentar, cuando menos, una paridad con esas conductas, y nunca debería ser superior a ellas<sup>213</sup>.

A todas luces se evidencia una desproporcionada relación entre la entidad de la pena y la gravedad de conducta tipificada en la ley, pues si se analiza con atención, el comportamiento incriminado se desarrolla eminentemente en el ámbito privado del funcionario público conteniendo acciones que tienen por objeto el incremento del patrimonio personal de éste o, el de su conyuge si estuviese casado y bajo el régimen patrimonial de comunidad de gananciales.

<sup>206</sup> El principio de proporcionalidad puede darse en abstracto y en concreto. El primero se dirige al legislador a la hora de establecer los marcos penales de forma general en la ley. El segundo se dirige a los jueces en el momento de la individualización judicial de la pena que imponen al autor dentro de la amplitud que les permite el marco penal. En ese sentido, FERRAJOLI argumenta que el hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser adecuada al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez en relación con la naturaleza y la gravedad del otro (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. op. cit. págs. 397 y 398).

<sup>207</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Editorial Edersa. Madrid. Año 1999. pág. 285; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 85.

<sup>208</sup> RAMOS TAPIA, María Inmaculada; WOISCHNIK, Jan. *Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideraciones del principio de proporcionalidad*. op. cit. pág. 143.

<sup>209</sup> Art. 14, num. 1º, inciso 3) del CPPyo: “Definiciones. Tipo base: el tipo legal que describe el modelo de conducta sin considerar posibles modificaciones por agravantes o atenuantes”.

<sup>210</sup> Art. 300 del CPPyo.

<sup>211</sup> Art. 305 del CPPyo.

<sup>212</sup> Art. 315 del CPPyo.

<sup>213</sup> RIMONDI, Jorge Luis. *Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública*. op. cit. pág.307.



Señala RUEDA MARTÍN que cuando el legislador tipifica un delito e incorpora una condición o cualidad en el sujeto activo, parte de la premisa de que las acciones del autor, si ejerce incorrectamente las funciones que le corresponden en el seno de la estructura institucional en la que se encuentra involucrado el bien jurídico esencial u ocasional, son adecuadas para lesionarlo o ponerlo en peligro directamente<sup>214</sup>. Siguiendo este pensamiento sería correcto decir que los delitos de funcionario público contienen en su seno el incumplimiento grave de deberes y obligaciones establecidos por la ley para el desenvolvimiento del rol social que desempeña el sujeto activo, es decir, en ellos existe un ejercicio incorrecto de una función institucional, el cual se entiende suficiente por lo menos para crear un peligro al bien jurídico. De ahí que no se pueda entender porqué el legislador ha reprimido con un marco penal sumamente gravoso unos actos económicos realizados en la esfera privada del funcionario que no guardan ningún tipo de relación funcional con el ejercicio de su cargo público, por lo que desde el punto de vista material los comportamientos incriminados en el art. 3.1º. incs. a y b de la Ley N° 2523/04 son inidóneos para poner en peligro al bien jurídico.

Pero la pena privativa de libertad no es la única consecuencia que el legislador ha previsto para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, ya que además ha adherido a su autor una pena patrimonial complementaria y la pena de inhabilitación especial para ejercer cargos públicos.

El art.3.2º de la Ley N° 2523/04 expresa que en los casos previstos en el numeral 1º (que contempla las dos modalidades típicas del delito) al autor le será aplicable la pena complementaria prevista en el art.57 del CPPyo que expresa: “1º Junto con una pena privativa de libertad mayor de dos años se podrá ordenar, cuando ello sea expresamente previsto por la ley y de acuerdo con lo previsto en el art.65, el pago de una suma de dinero cuyo monto máximo será fijado teniendo en consideración el patrimonio del autor. 2º. En la valoración del patrimonio no serán incluidos los beneficios sometidos al comiso. Se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el art.92. 3º. En los casos que no sea posible el pago inmediato, se aplicará lo dispuesto en el art.93, inciso 2. 4º. Una pena patrimonial que quedare sin pago, será sustituida por una pena privativa de libertad no menor de tres meses ni mayor de tres años. La duración de la pena sustitutiva será determinada en la sentencia”.

En esta clase de pena pecuniaria se toma como parámetro para imponer la sanción sólo las condiciones patrimoniales y económicas del autor, a diferencia de la pena de multa que además de éstas, el juez debe considerar las condiciones personales del mismo<sup>215</sup>. En cuanto a su cuantía, el art.57 remite expresamente al art.65 que establece las bases de medición de la pena, es decir, la sanción pecuniaria dependerá de las circunstancias generales que rodean al hecho juzgado y que determinan la fijación judicial de la pena<sup>216</sup>. En la hipótesis de que el autor no pueda realizar el pago inmediato de la pena pecuniaria, el artículo en análisis otorga la facultad al juez de otorgar un plazo razonable para dicho efecto o la posibilidad del pago en cuotas, y si

<sup>214</sup> RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del código penal*. op. cit. pág. 112.

<sup>215</sup> CASAÑAS LEVI, José Fernando. *Manual de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 167. Art. 52.2 del CPPyo: “El monto de un día-multa será fijado por el tribunal considerando las condiciones personales y económicas del autor. Se atenderá, principalmente, al promedio del ingreso neto que el autor tenga o pueda obtener en un día”.

<sup>216</sup> Art. 65 del CPPyo: “1º La medición de la pena se basará en la reprochabilidad del autor y será limitada por ella, se atenderán también los efectos de la pena en su vida futura en sociedad. 2º Al determinar la pena, el tribunal sopesará todas las circunstancias generales a favor y en contra del autor y particularmente: 1. los móviles y los fines del autor, 2. la actitud frente al derecho, 3. la intensidad de energía criminal utilizada en la realización del hecho, 4. el grado de ilícito de la violación del deber de no actuar o, en caso de omisión, de actuar, 5. la forma de realización, los medios empleados, la importancia del daño y del peligro, y las consecuencias reprochables del hecho, 6. la vida anterior del autor y sus condiciones personales y económicas, y 7. la conducta posterior a la realización del hecho y, en especial, los esfuerzos para reparar los daños y reconciliarse con la víctima”.

no se pudiera resolver bajo ninguna de las citadas modalidades, la misma será sustituida por una pena privativa de libertad no menor a tres meses ni mayor de tres años.

La pena patrimonial es un instrumento jurídico que ha sido introducido en el código penal con una marcada finalidad preventiva (general) que tiene importantes efectos en la lucha contra la criminalidad organizada, el tráfico de estupefacientes y la corrupción. Esta es una modalidad especial de la pena de multa que sólo puede ser impuesta adicionalmente a la condena de más de dos años de pena privativa de libertad en determinados delitos cuyo tipo expresamente se remita al art.57 del CPPyo. En ese sentido menciona el legislador paraguayo: “La imposición de una combinación de multa y pena privativa de libertad sólo se prevé, excepcional y facultativamente, cuando el autor se enriqueció mediante el hecho o lo intentó, supuesto en el que el juez impondrá la multa conforme a las condiciones personales y económicas del mismo”<sup>217</sup>.

Sin embargo, aunque la pena patrimonial presenta efectos positivos en la lucha contra la corrupción, esta institución presenta ciertas dificultades que el citado artículo deja sin resolver. En primer lugar, el art.57 es una copia –por así decirlo– del art.43 del código penal alemán, y el legislador germano ha determinado esta pena accesoria para delitos comúnmente cometidos a través de grupos organizados, es decir, se presupone que el autor ha cometido el ilícito penal en calidad de miembro de una banda, circunstancia que no se da generalmente en el delito de enriquecimiento ilícito. En segundo lugar, el artículo en cuestión no fija con certeza la cuantía de la pena ya que no existe un límite mínimo sino únicamente un máximo determinado por “el patrimonio del autor”, por lo que no queda claro con qué criterios el tribunal debe calcular la pena. Sostiene JESCHECK que a esta pena patrimonial se le objeta su indeterminación, pues prescinde de criterios internos para la fijación de la pena en el caso concreto, por lo que existiría una vulneración al mandato de determinación, y ello porque la cuantía de la pena, en la medida en que sólo está limitada por el patrimonio del condenado, cae en el ámbito de lo inmensurable<sup>218</sup>. Otra dificultad que se daría en los casos de enriquecimiento ilícito es la extensión del patrimonio objeto de la pena patrimonial complementaria, por lo que el tribunal deberá identificar cuáles son los bienes adquiridos por el funcionario de forma justificada y cuales no, pues estos últimos constituyen beneficios ilícitos sometidos al comiso que por expreso mandato del art. 57. 2º del CPPyo no pueden ser incluidos en la valoración de la pena patrimonial a ser impuesta.

En cuanto a la segunda pena adicional puede decirse que ha sido una total desatención del legislador el haber contemplado en el art. 5 de la Ley N° 2523/04 la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de funciones públicas<sup>219</sup> sin haber introducido antes este tipo de sanción en el CPPyo, puesto que no se encuentra prevista ni regulada en la clasificación de penas establecida en el art.37 que son: la pena privativa de libertad, la pena de multa, la pena patrimonial, la prohibición de conducir, la composición y la publicación de la sentencia. Además, el art.4 del citado cuerpo legal expresa que las disposiciones del libro primero del código (la parte general) se aplicarán a todos los hechos punibles previstos por las leyes especiales, por consiguiente, y según nuestra opinión, el citado art.5 sería inaplicable por contener una pena no estipulada en la parte general del CPPyo<sup>220</sup>. Sin duda esta incoherencia es

<sup>217</sup> *Compilación de leyes penales especiales complementarias al código penal*. op. cit. pag. xv.

<sup>218</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 839; CASAÑAS LEVI, José Fernando. *Manual de Derecho penal. Parte general*. op. cit. idem pag.

<sup>219</sup> 1. “Quien incurra en los hechos punibles señalados en la presente ley, además de ser castigado con la pena principal, podrá ser sancionado con la pena adicional de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un periodo de uno a diez años. 2. Igual pena podrá imponerse a quienes fueren encontrados culpables de estos hechos punibles en calidad de instigadores o cómplices”.

<sup>220</sup> El legislador paraguayo de 1997 que sancionó el CPPyo vigente afirmaba expresamente que si las inhabilitaciones aparecían reguladas en leyes especiales como penas correspondería su eliminación de la ley, de

consecuencia de la errónea decisión del legislador paraguayo de sancionar leyes especiales que complementan al código penal en vez de reformar el mismo.

La pena de inhabilitación especial para ejercer funciones públicas es otra institución preventiva sumamente importante para la lucha contra la delincuencia relacionada con la corrupción pública, pues generalmente los códigos penales imponen –como pena principal o accesoria– a quien utiliza su cargo público para cometer hechos ilícitos graves la pérdida o suspensión de tal condición jurídica. La finalidad de esta pena estaría en la preservación de los servicios y funciones públicas que no pueden ser puestos en peligro por personas que inmediatamente después de la condena por un delito grave sigan ocupando cargos en la función pública<sup>221</sup>, o como dice MANZANARES, se trataría de impedir el ejercicio de una función pública a quien ha demostrado encontrar en ella una plataforma para delinquir<sup>222</sup>. La doctrina coincide en que los efectos de la pena de inhabilitación deben tener una extensión limitada porque de otra manera resultaría inconstitucional por producir la muerte civil del condenado, de ahí que la ley suele fijar expresamente su duración<sup>223</sup>.

Según nuestra opinión, el establecimiento de la pena de inhabilitación en la Ley N°2523/04 produce un claro quebrantamiento del principio de igualdad, pues el legislador estaría imponiendo una pena adicional sola y exclusivamente para los autores de los delitos tipificados en dicha ley especial. Como hemos manifestado, la ley que tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito y el tráfico de influencias es un cuerpo normativo que complementa el CPPyo, introduciendo nuevas conductas típicas en el capítulo que agrupa los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas. De esta forma, se da el absurdo de que a los demás delitos de funcionario previstos en el código penal solamente se les puede aplicar las penas contempladas en el art.38, quedando excluidos de la pena de inhabilitación por no formar parte de la ley especial. Esto constituye una incoherencia del legislador paraguayo al no establecer un sistema de penas uniforme para todos los delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones, y además supone una vulneración al principio de proporcionalidad ya que el enriquecimiento ilícito tendría una respuesta punitiva más gravosa en comparación con otros delitos que tienen el mismo bien jurídico y sujeto activo.

Por otro lado, es criticable la falta de determinación con la que el legislador ha tipificado esta pena en la Ley N° 2523/04, cuyo contenido se limita a expresar que toda persona que incurra en los hechos punibles señalados en esa ley podrá ser sancionado<sup>224</sup> con la pena adicional de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un periodo de uno a diez años, sin precisar dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, el título del art.5 de la Ley N° 2523/04 sólo se limita a decir «Inhabilitación especial» sin que dicho precepto especifique con

---

conformidad a lo dispuesto en el art. 4 que determina la aplicación del Libro primero a todos los hechos punibles previstos en leyes especiales y en el art. 323 inc. 2º sobre derogación de las disposiciones legales contrarias al código (*Compilación de leyes penales especiales complementarias al código penal*. op. cit. pag. xix).

<sup>221</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 846.

<sup>222</sup> MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español*. ADPCP N° 28. Tomo II. Año 1975. pág. 176.

<sup>223</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 732. En este sentido GARCÍA PÉREZ sostiene que a la luz del fin resocializador de la pena no parece de recibo que quepa admitir privaciones de derechos para siempre, ni siquiera las que sean tan prolongadas en el tiempo que eliminen de ipso cualquier posibilidad de rehabilitación de la pena, desocializándole definitivamente (GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto *Artículo 41*, en: Sánchez Melgar, Julián (Coordinador): *Código penal. Comentarios y Jurisprudencia*. Tomo I. 2ª Edición. Editorial Sepin. Madrid. Año 2006. pág. 336).

<sup>224</sup> La frase “podrá ser sancionado” estaría indicando que la inhabilitación especial no es una pena a ser impuesta obligatoriamente al autor de un delito de enriquecimiento ilícito o tráfico de influencias, sino que es facultativa, es decir, el tribunal de sentencia deberá analizar si decide imponerla al autor atendidas las circunstancias del caso (gravedad y naturaleza del delito cometido).

claridad qué debe entenderse por inhabilitación especial<sup>225</sup> y cual es su alcance y efecto sobre el condenado, lo que no sólo iría en contra del principio de legalidad, sino también podría generar situaciones de inseguridad jurídica puesto que el juez tendrá que integrar el contenido de este precepto con su propia y discrecional interpretación. Desde nuestro punto de vista, es importante que el legislador precise en la ley si durante el tiempo que dure la pena de inhabilitación los efectos de ésta se extenderán solamente al cargo que ocupaba el autor antes de la condena, o aparte de éste, cualquier otro cargo o empleo público, aunque provenga de elección popular. En segundo lugar, el legislador no establece desde cuando se hace plenamente efectiva la pena de inhabilitación. En vista a que en la exposición de motivos de la Ley N° 2523/04 no existe referencia alguna sobre la pena de inhabilitación, sólo podemos tomar como referencia lo establecido en el art. 45.2 del código penal alemán (en atención a que el CPPyo es una copia del código germano, tal como se ha manifestado innumerables veces en esta investigación), que establece que la pérdida de la capacidad para desempeñar un cargo público se hará efectiva desde el día en que la pena privativa de libertad se haya cumplido, prescriba o se haya perdonado<sup>226</sup>.

De todo lo expuesto, surge la imperiosa necesidad de que el legislador modifique el CPPyo e introduzca a la pena de inhabilitación para ejercer funciones públicas en la actual clasificación de penas prevista en el art.38, a los efectos de que exista un único y coherente sistema de sanciones aplicables a todos los delitos cometidos por funcionarios públicos. Además, resulta necesario que regule de forma precisa las modalidades y los efectos que repercutirán en el condenado la pena de inhabilitación, todo esto, de conformidad con el principio de legalidad consagrado en el art.1 del CPPyo.

## **10. EL COMISO DE BIENES COMO CONSECUENCIA ACCESORIA DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.**

El Paraguay, como Estado Social y Democrático de Derecho, permite y reconoce desde la propia constitución la libre circulación de bienes y servicios entre sus ciudadanos como derecho fundamental, pero así también regula el intercambio económico desde varias aristas para evitar que el sistema financiero se utilice como instrumento para la ocultación o blanqueo de bienes de procedencia ilícita, o para el envío de éstos más allá de sus fronteras nacionales. Hoy en día existe una proliferación de paraísos jurídicos-fiscales (las llamadas jurisdicciones de riesgo) con una deficiente regulación de su sistema financiero y una exagerada exaltación del secreto bancario y profesional, que dificultan el acceso a esos capitales ilícitos<sup>227</sup>. De ahí que actualmente la comunidad internacional a través de varios acuerdos e instrumentos jurídicos haya incrementado los mecanismos de cooperación tendientes al descubrimiento de transacciones sospechosas y su posterior privación.

Entre las figuras jurídicas contenidas en el ordenamiento penal para combatir a los bienes de procedencia ilícita se encuentra el comiso, siendo especialmente utilizado en la

<sup>225</sup> La doctrina nos dice que la pena de inhabilitación especial es aquella que priva al condenado del cargo sobre el cual recayere, es decir, uno especificado en la sentencia, aunque éste sea electivo. Así también, produce la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, a diferencia de la pena de inhabilitación absoluta que abarca todos los cargos públicos que pudiera tener el condenado en el momento de la condena. Sobre las penas de inhabilitación y sus modalidades, Vid: MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español*. op. cit. págs. 177 y sigtes; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. págs. 699 y 700.

<sup>226</sup> En ese sentido JESCHECK manifiesta que en el plazo de la pérdida del derecho a ocupar un cargo público no se computa el tiempo de la privación de libertad que el autor ha cumplido en virtud de la pena que le ha sido impuesta por la comisión de un hecho delictivo (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 847).

<sup>227</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2001. pág. 22.

persecución de la criminalidad organizada, el tráfico de estupefacientes, y por supuesto, en los delitos de corrupción pública. CASAÑAS LEVI señala que el comiso previsto en el CPPyo es una figura híbrida, puesto que no es una sanción, sino una consecuencia accesoria del hecho punible que tiene la finalidad de disminuir o prevenir los efectos del hecho antijurídico, y así evitar que el autor se beneficie indebidamente como consecuencia de su acto<sup>228</sup>. La doctrina coincide que el comiso no es una pena, puesto que no guarda proporción ni con la gravedad del hecho ni con la culpabilidad del autor, pudiendo llegar a imponerse a terceros no responsables del delito<sup>229</sup>. Además, no aparece previsto en la clasificación de penas del art.37 del CPPyo. Tampoco es una medida de seguridad en razón a que no se fundamenta en la peligrosidad del autor, ni puede ser considerado una consecuencia reparadora derivada del delito, pues no tiene como fin la indemnización ni la reparación de los daños causados a los perjudicados por el delito.

El CPPyo en los Capítulos I y II del Título IV denominado “Comiso y privación de beneficios” sigue el tradicional criterio proveniente del ámbito internacional de distinguir entre el comiso de los objetos y productos derivados del delito (arts.86 al 89), y el comiso especial o privación de beneficios o ganancias (arts.90 al 95). A esta última modalidad de comiso se refiere expresamente el art.6 de la Ley N° 2523/04: “La condena judicial firme y ejecutoriada por el hecho punible de enriquecimiento ilícito producirá el comiso especial de los bienes muebles o inmuebles, valores, dinero, o derechos obtenidos ilegítimamente por su autor o partícipe, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 90 al 95 del Código Penal”.

El art.90 del CPPyo contempla la figura del comiso especial diciendo: “Cuando el autor o el partícipe de un hecho antijurídico haya obtenido de éste un beneficio, se ordenará la privación del mismo. No se procederá al comiso especial si ello perjudicara la satisfacción del derecho de la víctima al resarcimiento”. Del contenido de estos preceptos se puede afirmar que el efecto principal de esta modalidad de comiso es la pérdida o privación inmediata y definitiva de la propiedad de los beneficios provenientes de un hecho ilícito penal, criterio ampliamente compartido por la doctrina<sup>230</sup>, y también por los distintos instrumentos jurídicos internacionales que contemplan esta figura. Por ejemplo, el art. 2 (apartado g) de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas entiende el decomiso como la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente, y de la misma manera lo hace la CNUCC en el art.2 (apartado g)<sup>231</sup>. Por lo tanto, el comiso de beneficios o ganancias es una medida o consecuencia accesoria (derivada de un delito o como mínimo de un hecho antijurídico) de carácter irreversible<sup>232</sup> que produce sus efectos una vez que la sentencia judicial que la ordena se encuentre firme (siempre que no afecte los derechos resarcitorios de la víctima), y cuyo fundamento teleológico es evitar un lucro ilícito o situaciones patrimoniales injustas derivadas de un delito.

Según el art.6 de la Ley N° 2523/04, el comiso de beneficios o ganancias derivado del delito de enriquecimiento ilícito se aplica sobre la base de los siguientes requisitos: a) debe existir una condena judicial firme y ejecutoriada de un hecho punible de enriquecimiento ilícito, b) produce la privación de los bienes muebles o inmuebles, valores, dinero, o derechos

<sup>228</sup> CASAÑAS LEVI, José Fernando. *Manual de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 199.

<sup>229</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *El comiso*. Editorial Edersa. Madrid. Año 2000. pág. 32.

<sup>230</sup> Entre otros: BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho penal*. Tomo I. op. cit. pág. 244; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 767; CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Editorial Comares. Granada. Año 2004. pág. 5.

<sup>231</sup> A efectos de estos convenios los vocablos comiso y decomiso son equiparables conceptualmente.

<sup>232</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 5ª Edición. Editorial Thompson-Reuters. Pamplona. Año 2011. pág. 410.

obtenidos ilegítimamente, y c) los bienes objeto del comiso pueden estar en el patrimonio del autor como del partícipe.

En relación al primer requisito, la imposición del comiso supone la existencia de una sentencia firme y ejecutoriada, que en otras palabras significa que la resolución judicial que dio por acreditado el delito juzgado y la autoría de los intervinientes en el mismo ya no es pasible de ningún tipo de recurso con el objeto de hacer valer una pretensión que produzca su revocación parcial o total. Sólo la sentencia firme causa la privación definitiva de los bienes sujetos a comiso, aunque se admite durante el proceso penal la privación de la tenencia provisional de determinados bienes como medida cautelar, por ejemplo, de sumas de dinero colocados por un funcionario público en entidades bancarias que en principio no se corresponden con sus emolumentos legales. Esta medida puede resultar alterada en cualquier momento del proceso, desapareciendo automáticamente en caso de que la sentencia sea absolutoria o convirtiéndose en definitiva si la sentencia condenase al sujeto<sup>233</sup>. Llama la atención que el legislador haya exigido en el art.6 de la Ley N° 2523/04 como presupuesto del comiso de beneficios o ganancias una sentencia de condena sobre la base de la acreditación judicial de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible, apartándose de esta manera de la regla general establecida en el art. 90 del CPPyo que solo vincula la aplicación de esta consecuencia accesoria a un hecho antijurídico doloso<sup>234</sup> (del cual surja un enriquecimiento injusto), pero no culpable<sup>235</sup>. ¿Cuáles serían las razones que han hecho vincular en la regulación del delito de enriquecimiento ilícito el comiso de beneficios o ganancias a la declaración de culpabilidad y a su consecuencia que es la imposición de una pena? Fiel a su estilo, el legislador paraguayo no dice nada sobre el tema, pero se pueden deducir algunos argumentos al respecto.

Si bien la regulación del comiso dispuesta en el CPPyo ordena al juzgador la privación de las ganancias derivadas de un hecho antijurídico aún en el caso de que el sujeto enjuiciado sea declarado inimputable, las posibles circunstancias en las que un imputado por el delito de enriquecimiento ilícito pueda quedar exento de responsabilidad son muy escasas. En primer lugar, el error de prohibición inevitable que exime por completo la culpabilidad del autor difícilmente se podría dar en el delito de enriquecimiento ilícito debido a que el funcionario en su calidad de tal se encuentra al tanto de los deberes, obligaciones y prohibiciones especiales que el Estado ha establecido a su rol social, como también una norma penal directamente relacionada con el ejercicio de su cargo le prohíbe expresamente incrementar su patrimonio por encima de sus legítimas posibilidades económicas, cuyo contenido conoce –está obligado a conocer- gracias a los procesos de inclusión, socialización y capacitación provistos en la función

<sup>233</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *El comiso*. op. cit. pág. 40.

<sup>234</sup> Según CASAÑAS LEVI son dos las condiciones que requiere el comiso: un hecho antijurídico y reunir la característica de una conducta dolosa. En cambio, en los hechos culposos, aún si derivan de él cualquier circunstancia nociva para el bien jurídico, no autorizan la aplicación del comiso (CASAÑAS LEVI, José Fernando. *Manual de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 200). En este sentido opinan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, lo difícil que resulta imaginar que un delito imprudente produzca el enriquecimiento de su autor y también porque, de no existir intención de delinquir, la misma responsabilidad penal puede ejercer el suficiente efecto admonitorio como para evitar futuros delitos imprudentes (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 607).

<sup>235</sup> CERESO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. op. cit. pág. 25 “El comiso no responde al principio de culpabilidad, en virtud del cual no puede imponerse pena alguna al autor de un hecho típico y antijurídico si no es además culpable. Prueba de ello es que los bienes son decomisados aún cuando se declare la falta de culpabilidad del autor del delito. Mientras para la imposición de la pena es condición indispensable la culpabilidad del autor, ésta es prescindible por completo para la aplicación de la consecuencia accesoria, a la que le basta con la antijuricidad del hecho”. Al respecto, la doctrina coincide en afirmar que la posibilidad de aplicar el comiso aún en el caso de que no se hubiese impuesto una pena responde a la necesidad de evitar que las ganancias producidas por la comisión de delitos quedasen en manos del autor, partícipe o, incluso de terceros, simplemente porque había concurrido alguna circunstancia que suponía la exención de la responsabilidad criminal, ya que lo anterior no desvirtuaba el hecho de que esos beneficios o ganancias se habían obtenido de una conducta que es contraria al ordenamiento jurídico.

pública. De ahí que quede excluida la ignorancia total por parte del funcionario público del sentido y el alcance del injusto del delito de enriquecimiento ilícito. Por otra parte, en caso de que se aprecie un error de prohibición evitable, éste no excluye la culpabilidad sino solo la disminuye, por lo que deberá aplicarse al funcionario la pena establecida para el citado delito pero atenuada de acuerdo al art.67 del CPPyo.

En segundo lugar, tampoco podría acordarse el comiso de beneficios o ganancias en la hipótesis de que el funcionario fuese declarado exento de responsabilidad criminal por haber padecido en el momento de la acción alguna de las causas establecidas en el art.23 del CPPyo<sup>236</sup> que excluyen la culpabilidad, en razón a que las conductas descritas en el delito de enriquecimiento ilícito conllevan la realización de actos jurídicos con los cuales el funcionario público adquiere los bienes o cancela las deudas que enriquecen su patrimonio, por lo que si se acreditan estas circunstancias exculporias se desvanecerían los presupuestos de intencionalidad y discernimiento esenciales de la voluntad que otorgan validez jurídica a tales actos. Este argumento se sustenta en el art.296 “*Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos*”, art. 277: “*Los actos voluntarios previstos en este Código son los que ejecutados con discernimiento, intención y libertad determinan una adquisición, modificación o extinción de derechos. Los que no reuniesen tales requisitos, no producirán por sí efecto alguno*”, y art.278: “*Los actos se juzgarán ejecutados sin discernimiento: b) cuando sus autores, por cualquier causa, estuviesen privados de razón*”, todos del CCPyo. Con todo esto no se quiere decir que las causales de exención de responsabilidad excluyan la conducta humana (como sí lo haría, por ejemplo, la fuerza irresistible o la inconsciencia) porque ellas suponen un sujeto que actúa voluntariamente pero incapaz de comprender la antijuricidad de su acto y de comportarse conforme a la norma<sup>237</sup>; sin embargo, lo que sí afectan el trastorno mental, el desarrollo psíquico incompleto o retardado, o una grave perturbación de la conciencia (causas de exención de culpabilidad previstas en el art. 23 del CPPyo), es el discernimiento que requiere el ordenamiento civil paraguayo para otorgar validez a los actos jurídicos (actos voluntarios lícitos) con los cuales el funcionario enriquece su patrimonio. Por lo tanto, si el funcionario ingresa bienes o cancela deudas a través de actos jurídicos realizados en cualquiera de los supuestos legales de exención de responsabilidad serán considerados nulos y, por lo tanto, atípicos por no abarcarse en el sentido de las conductas relevantes contenidas en el art.3.1° a y b de la Ley N° 2523/04. Según nuestra opinión estas serían las circunstancias por las cuales el legislador ha hecho depender la aplicación del comiso a la declaración de culpabilidad y a la pena, ambas determinadas en una sentencia de condena.

El segundo requisito refiere a que el autor haya obtenido un beneficio o ganancia del hecho antijurídico, entendido éste como cualquier ventaja económica (cosas corporales o derechos) que aumente su patrimonio, bien se encuentre materializada tal y como fue obtenida a través de la comisión del delito, o bien haya sido alterada en su situación original, sea la causa que fuere<sup>238</sup>. En este sentido, el art. 90.3 del CPPyo dice: “La orden de comiso especial podrá abarcar también el usufructo u otro beneficio preveniente de lo obtenido. Cuando el originalmente obtenido haya sido sustituido por otro objeto, podrá ordenarse el comiso especial de éste”<sup>239</sup>. Se debe precisar que en el delito de enriquecimiento ilícito los bienes objeto del

<sup>236</sup> Art. 23 del CPPyo: “No es reprochable el que en el momento de la acción u omisión, por cusa de trastorno mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, fuera incapaz de conocer la antijuricidad del hecho o de determinarse conforme a ese conocimiento”.

<sup>237</sup> La reprochabilidad es definida en el art. 14.5. del CPPyo: “reprobación basada en la capacidad del autor de conocer la antijuricidad del hecho realizado y de determinarse conforme a ese conocimiento”.

<sup>238</sup> CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. op. cit. pág. 43.

<sup>239</sup> Este precepto refleja el mismo sentido del art. 31.4. de la CNUCC que expresa que cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, éstos serán igualmente objeto de las medidas aplicables del comiso.

comiso son todos aquellos que en cuanto a su valor hayan superado excesivamente las legítimas posibilidades económicas del funcionario público y no tuvieran un origen lícito debidamente justificado por él. Es decir, la medida del comiso es la cantidad de bienes que el funcionario público no pueda justificar, por lo que si durante el proceso penal presenta pruebas suficientes que demuestran que todos o determinados bienes a su nombre fueron obtenidos a través de fuentes lícitas, se deberá declarar la propiedad legítima y justificada de éstos, y por lo tanto, no podrán ser objeto del comiso.

Como puede apreciarse, la ampliación del objeto del comiso de beneficios y ganancias prevista en el art.90.3. tiene importantes consecuencias prácticas ya que en principio un funcionario público podría tener consigo dinero en efectivo que no pueda justificar y luego con la intención de darle un tinte lícito resuelve invertirlo en la compra de otros bienes muebles o inmuebles, y ante esta posibilidad el art. 6 de la Ley N° 2523/04 establece que la condena judicial por el delito de enriquecimiento ilícito produce el comiso especial de todos los bienes obtenidos ilegítimamente, sean estos muebles, inmuebles, valores, dinero o derechos. De este modo, se acepta que todo bien perteneciente a un funcionario público que fuera judicialmente demostrada su ilícita e injustificada obtención, le sea privado de su propiedad independientemente de las transformaciones que hubiera podido experimentar.

El tercer requisito nos dice que los bienes obtenidos injustificadamente que son objeto del comiso pueden estar en posesión del autor o de otro partícipe. Esta situación prevista en el art.6 de la Ley N° 2523/04 se dirige expresamente a los bienes injustificados con los que el funcionario público incrementa de propia mano su patrimonio o cuando se prevalece de otros sujetos para ocultar en el patrimonio de estos los bienes ilícitos. Al respecto, el art. 90.2° del CPPyo dice: “cuando el autor o el partícipe haya actuado por otro y éste haya obtenido el beneficio, la orden del comiso especial se dirigirá contra el que obtuvo el beneficio”. Este precepto permite la privación de los beneficios ilícitos que están en posesión de personas interpuestas o testaferros quienes aparecen como titulares de los bienes que en realidad pertenecen al funcionario. Sin embargo, el art. 90.4° introduce una limitación al comiso dirigido a los bienes que están en posesión de terceros diciendo: “la orden de comiso especial no procederá sobre cosas o derechos que, al tiempo de la decisión, pertenezcan a un tercero que no es autor, partícipe ni beneficiario en los términos del inciso 2°”, lo que significa que se excluye la privación de bienes provenientes de un delito que han sido adquiridos de buena fe por cualquier persona que no haya tenido participación en el mismo y que no tenga conocimiento de su origen ilícito. MAPELLI CAFFARENA coincide con esta postura señalando que precisamente es la buena fe de los terceros el criterio que delimita el alcance de la ejecución del comiso para quienes no han tenido relación alguna con la infracción<sup>240</sup>.

El comiso especial de beneficios y ganancias posee dos finalidades primordiales. Por un lado, tiene por objeto evitar que los bienes provenientes de delitos se introduzcan en el mercado lícito de bienes, servicios y capitales, protegiendo de esta manera la integridad del sistema económico y político de un Estado<sup>241</sup>, y por otro, pretende evitar que una persona se enriquezca a través de un acto ilícito, adquiriendo una situación económica mejor que aquel otro que ha respetado el sistema jurídico-económico que reparte los beneficios patrimoniales en un Estado Democrático y Social de Derecho. Sin embargo, a veces estas finalidades se ven dificultadas por la deficiencia de las leyes que regulan el comiso o por la falta de armonización de los mecanismos de cooperación en la lucha transnacional de los beneficios provenientes del delito, a

<sup>240</sup> En opinión de esta autora el concepto de buena fe debe interpretarse en un sentido civilístico y no penal, de forma que la adquisición será de buena fe cuando se haga de acuerdo a los principios que la conciencia jurídica considera necesarios para asegurar las relaciones jurídicas, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones (MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. op. cit. pág. 412).

<sup>241</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *El comiso*. op. cit. pág. 69.



los que deben sumarse los efectos de la globalización y el desarrollo de las técnicas delictivas utilizadas por los agentes corruptos que hacen posible que estos sujetos pongan sus ganancias ilícitas fuera de la esfera de actuación del juez penal, pero manteniéndola en su esfera de dominio, de forma tal que razones procesales impiden proceder al comiso de estos bienes<sup>242</sup>.

Para que el comiso sea una herramienta efectiva contra los beneficios y ganancias derivados de la comisión de delitos, especialmente en el ámbito de la criminalidad organizada y de la corrupción, resulta necesario no sólo una buena regulación legal interna, sino también una coordinada cooperación entre las jurisdicciones e instituciones nacionales, regionales e internacionales encargadas del seguimiento, persecución y decomiso de los productos del delito<sup>243</sup>. En la SDTS N° 39 de fecha 4 de diciembre de 2006 ha quedado claro lo importante que resulta la cooperación internacional en la persecución del delito de enriquecimiento ilícito, en atención a que los órganos de persecución penal paraguayos, en cooperación con sus pares del Estado suizo, pudieron descubrir y localizar gracias al levantamiento del secreto bancario una cuenta corriente a nombre del ex Presidente de la República del Paraguay Luis Ángel González Macchi conteniendo más de un millón de dólares americanos, lo que permitió su procesamiento y posterior condena por este delito, cuya consecuencia fue la orden del comiso de esa cantidad de dinero<sup>244</sup>, aunque dicha orden no pudo concretarse materialmente porque posteriormente se declaró la extinción de la acción penal en la causa al no haber quedado firme y ejecutoriada la sentencia dentro del plazo máximo de duración del procedimiento penal establecido en el Cproc.PPyo.

La aplicación del comiso a los casos de enriquecimiento ilícito no ha quedado libre de controversias. Se argumenta que el comiso no tendría aplicación debido a que el enriquecimiento injustificado que sería objeto de la orden de privación de beneficios no es un efecto o ganancia proveniente del delito sino que, por el contrario, constituye el propio injusto de esta figura criminal. Este cuestionamiento resultaría cierto si se parte de que el comiso especial priva al autor de los beneficios o ganancias obtenidos como consecuencia del ilícito penal, y no de los derivados de un elemento objetivo del mismo. Sin embargo, AGUADO CORREA y CEREZO DOMÍNGUEZ sostienen que de las ganancias que se pueden “obtener del delito” hay que distinguirlas de aquellas otras que se obtienen “por el delito”<sup>245</sup>, pudiendo éstas últimas constituir en ciertos casos un elemento objetivo de un determinado ilícito penal. Esto sucede por ejemplo en el cohecho, en el que la dádiva, precio o ventaja económica que incrementa el patrimonio del funcionario constituye un elemento objetivo de este delito. En base a esta interpretación se admite actualmente con carácter general que dentro de la institución del comiso especial se incluyen no sólo los beneficios o ganancias procedes del delito, sino también los que producen o constituyen la comisión del mismo. Esta misma interpretación es aplicada de forma

<sup>242</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*. op. cit. pág. 52.

<sup>243</sup> La CNUCC ha dado un gran paso al prever en los arts. 31.7 y 55 normas relativas a la cooperación internacional sobre el comiso que obligan a los Estados firmantes en el caso de que reciban una solicitud de otro Estado parte que tenga jurisdicción para conocer un delito tipificado con arreglo a la convención, a dar cumplimiento a las ordenes de comiso que reciba o, a adoptar todas las medidas necesarias para la identificación, localización, embargo preventivo y incautación del producto del delito, los bienes, equipos u otros instrumentos relacionados, con miras a un eventual comiso. Así también, se podrá solicitar la presentación o incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales, no pudiendo negarse el Estado requerido en disposiciones sobre secreto bancario.

<sup>244</sup> Con relación al comiso dispuesto en esta causa penal, la citada sentencia expuso en su parte resolutive: “Por tanto, el tribunal de sentencia constituido para juzgar la presente causa, en nombre de la República del Paraguay resuelve... 12) Ordenar el comiso especial del dinero depositado en la cuenta corriente N° 27821-5 S-Ángel del BBVA PRIVANZA BANK de Zurich-Suiza, perteneciente al acusado Luis Ángel González Macchi, de conformidad con el Art. 6 de la Ley N° 2523/04, en concordancia con los Arts. 90 al 95 del CP, una vez que la condena judicial se encuentre firme y ejecutoriada por el hecho punible de enriquecimiento ilícito”.

<sup>245</sup> CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. op. cit. pág. 44; AGUADO CORREA, Teresa. *El comiso*. op. cit. pág. 98.

mayoritaria por la jurisprudencia latinoamericana en los casos de enriquecimiento ilícito, ya que se consideran como provechos del delito tanto los objetos que forman el delito como los que son su resultado. Así puede leerse en los fallos sobre enriquecimiento ilícito efectuados por la jurisprudencia argentina: “en relación al caso juzgado, esa fracción del patrimonio de Alsogaray, en el caso el dinero ingresado al mismo de ese modo, en tanto constitutivas de ese incremento patrimonial apreciable e injustificado, resultan claramente abarcadas por el artículo 23 del código de fondo en tanto constituyeron –a la luz de las consideraciones efectuadas- *el resultado del delito por el que resultó condenada*. Y, en tal sentido, su decomiso fue ordenado de conformidad con dicha disposición”<sup>246</sup>.

Según lo expuesto, y parafraseando a MANZANARES SAMANIEGO, es fácil apreciar que el confusionismo es la nota dominante en la determinación de lo decomisible en los procesos penales de enriquecimiento ilícito<sup>247</sup>. Desde nuestro punto de vista, creemos que son aceptables los argumentos que sostienen que los bienes injustificados objeto del comiso no pueden ser considerados beneficios conseguidos a través de la comisión del delito de enriquecimiento ilícito. En primer lugar, si nos fijamos en la conducta punible del delito de enriquecimiento ilícito vemos que el ámbito de lo decomisible se circunscribe a todos aquellos bienes que incrementan el patrimonio del funcionario público cuyo valor no pueda justificarse, y sobre estas cosas recaen directamente la acción del sujeto activo “*haya obtenido la propiedad, posesión o usufructo*” descrita en el art.3.1º inc. “a” de la Ley Nº 2523/04, de ahí que estos bienes sean el «objeto de la acción» y no «ganancias derivadas del delito» de acuerdo al sentido que el legislador paraguayo y la jurisprudencia latinoamericana ha otorgado a estos bienes.

En segundo lugar, y en relación a lo recientemente manifestado, estos bienes no podrían ser catalogados como «producto o resultado» (*producta sceleris*) del delito como lo sostiene la jurisprudencia argentina citada más arriba, en atención a que existe una afianzada doctrina que sostiene que dicha calificación abarca a aquellos objetos que son creados, transformados, adulterados o producidos por la acción delictiva (como por ejemplo, los documentos o monedas falsificados, los comestibles adulterados o la droga incautada), y no a los objetos de la infracción penal (*scelere quaesita*)<sup>248</sup>. Tampoco este criterio puede prosperar, pues para que el objeto a ser decomisado adquiera la calidad de «efecto o resultado del delito» debe constatar su peligrosidad objetiva<sup>249</sup>, y ésta característica no se advierte en los bienes que adquiere el funcionario público con la realización de la conducta punible descrita en el delito de enriquecimiento ilícito, pues aunque el valor de los mismos sobrepase sus ingresos legítimos y no fuesen justificados, no se vislumbra peligro alguno, ni siquiera abstractamente, para el correcto ejercicio de las funciones públicas del Estado u otro interés protegido penalmente.

Y en tercer lugar, si bien el patrimonio del funcionario público obtiene un beneficio económico con los bienes que se introducen en él, no debe olvidarse que el enriquecimiento ilícito es un delito subsidiario, por lo que todo provecho o beneficio que experimente el patrimonio no proviene de éste delito, sino de otro cuya comisión se presume por ser imposible su acreditación judicial. Este razonamiento surge de la naturaleza y presupuestos del comiso de beneficios que ordena la pérdida de las ganancias como consecuencia de un delito o hecho antijurídico doloso determinado, anulando los provechos económicos que de él derivan, y no de

<sup>246</sup> Vid: Sentencia de fecha 9 de junio de 2005 de la Sala IV de la Cámara de Casación Penal de la ciudad de Buenos Aires, Argentina. Causa: Alsogaray, María Julia s/ recurso de casación e inconstitucionalidad.

<sup>247</sup> MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la Ley orgánica 8/1983*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1983. pág. 260.

<sup>248</sup> MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la Ley orgánica 8/1983*. op. cit. pág. 266; El mismo, *Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros*, en: Revista Actualidad Penal. Nº 24. Editorial La Ley. Madrid. Año 1997-1. pág. 524;

<sup>249</sup> GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel; ALASTUEY DOBÓN, María Carmen. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. 3ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2004. pág. 497.

otros<sup>250</sup> distintos no enjuiciados y que se presumen. Por lo tanto, con la comisión del delito de enriquecimiento ilícito no se obtiene un nuevo producto o ganancia, sino que se exterioriza la posesión de los provechos conseguidos por un delito impune realizado previamente.

De acuerdo al art. 90 del CPPyo los bienes sobre los que recae la conducta típica descrita en el delito de enriquecimiento ilícito no podrían ser objeto de comiso (por ser objetos de la acción delictiva y no instrumentos, efectos ni ganancias del delito), a no ser que se acredite cual ha sido el delito o hecho antijurídico doloso del que proceden, circunstancia inviable en este delito. No obstante, el legislador paraguayo, en base a los fines político criminales que busca alcanzar con este delito ha establecido en el art. 6 de la Ley N° 2523/04 un precepto específico que autoriza la privación de la propiedad de los objetos de la acción ya que considera beneficios o ganancias derivadas del delito de enriquecimiento ilícito (y por tanto objeto de comiso especial) a todo *bien mueble o inmueble, valores, dinero o derechos obtenidos ilegítimamente por el funcionario público*. Con esta fórmula fácil de precisar se ha tratado de dar solución a los cuestionamientos citados más arriba en relación a los objetos decomisables, ya que se privará todo bien que posea el funcionario público cuya adquisición no pueda justificar con sus ingresos legítimos.

Además de lo expuesto, es preocupante cómo afecta el delito de enriquecimiento ilícito a los presupuestos de aplicación del comiso. Como hemos manifestado, el comiso es una medida accesoria que es aplicada por un órgano jurisdiccional cuando tiene la convicción de que los bienes que posee el autor o partícipe provienen directa o indirectamente del delito o hecho antijurídico (no culpable) enjuiciado, conclusión que necesariamente debe arribarse de la valoración de las pruebas producidas en el proceso penal. Sin embargo, este presupuesto de aplicación no puede apreciarse en los procesos judiciales que dirimen la comisión de un delito de enriquecimiento ilícito, en atención a que en estos casos es imposible acreditar con grado de certeza un vínculo o nexo entre un determinado hecho delictivo relacionado con el ejercicio de un cargo público y los bienes que posee el funcionario, siendo ésta la razón por la cual el legislador ha incorporado en el tipo penal una presunción legal que determina la ilicitud del patrimonio del funcionario público cuando no ofrece una razonable explicación sobre el origen lícito de sus bienes. Por eso se afirma que en el juzgamiento de los casos de enriquecimiento ilícito se vulneran los presupuestos del comiso, pues el funcionario público es privado de sus bienes sobre la base de una sospecha ilicitud (exteriorizada en la injustificada desproporción de su patrimonio con sus ingresos legítimos) y no por haber tenido origen en un hecho delictivo culpable cometido por él, concretado y probado en la sentencia condenatoria, tal como lo ordena el sentido del art. 90 del CPPyo.

La indeterminación de aquello que presume el delito en estudio conlleva que el comiso abarque extremadamente tanto a los bienes que se sospecha tienen origen en un delito contra las funciones públicas, como también los que podrían provenir de otros delitos que tengan un componente patrimonial cometidos por el autor (hurtos, robos, estafas, etc.), pero que claramente escapan del fin de protección de la norma del delito de enriquecimiento ilícito, siempre que el valor de estos bienes sobrepasen la capacidad económica del funcionario público y no desvirtúe con pruebas –suficientes y convincentes– la presunción de ilicitud que pesa sobre su patrimonio. De esta manera, se puede ordenar el comiso de bienes que tienen origen en múltiples hechos delictivos que no son identificados en modo, tiempo y lugar, impidiendo así que el funcionario público ejerza correctamente su derecho a la defensa con relación a las condiciones previstas en el art. 90 del CPPyo, por lo que la privación de bienes llevada a cabo de esta manera pone en entredicho el principio de seguridad jurídica y vulnera gravemente el derecho a la propiedad privada. Es más, puede decirse que es un claro acto de confiscación

---

<sup>250</sup>En este sentido, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*. op. cit. pág. 51.

(proscripta expresamente por el art. 20 de la CNP<sup>251</sup>), pues esta sanción, arbitraria e ilegítima, consiste en el apoderamiento por parte del Estado de todos o parte de los bienes adquiridos por una persona sin que exista una vinculación directa con la comisión de un hecho delictivo y sin compensación alguna.

En conclusión, queda claro que el Estado por medio del comiso no desea privar unos bienes injustificados al funcionario público, ya que éstos forman parte de su injusto, sino más bien quiere anular cualquier beneficio indebido obtenido a través de cualquier acto que comporte un ejercicio ilegal del cargo público que no puede demostrarse judicialmente, por lo que ésta sería otra institución con la que pretende corregir sus deficiencias e incapacidades (materiales y procesales) relacionadas con la persecución de los hechos de corrupción.

## 11. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y SUS RELACIONES CONCURSALES CON OTRAS FIGURAS PENALES.

El funcionario público puede enriquecerse ilícitamente mediante la utilización de su cargo público de muchas formas, y para disuadir estos comportamientos indeseados se ha tipificado en los códigos penales varias figuras criminales como el cohecho, el peculado, la exacción, el cobro indebido de honorarios, entre otros<sup>252</sup>. Pero también consideró la posibilidad que en ocasiones se puedan producir enriquecimientos indebidos a través de modalidades de conducta que no encuentran cabida en estas figuras penales o que las mismas no puedan comprobarse judicialmente, tanto por la imposibilidad de su prueba, como también por la ineficiencia de los órganos de investigación penal en la persecución de los hechos de corrupción pública. Para evitar estos vacíos legales e ineficiencias en la investigación, persecución y condena de los hechos de corrupción, el legislador ha creado y tipificado en la ley al delito de enriquecimiento ilícito. Esto significa que este delito posee una naturaleza subsidiaria, es decir, entra en acción o es aplicado cuando el comportamiento ilícito que ha originado el enriquecimiento patrimonial no se adecua a un determinado precepto penal o no puede ser comprobado judicialmente.

La subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito presenta dificultades en sus relaciones con otras figuras delictivas. Así, la doctrina mayoritaria coincide en la imposibilidad de aplicar el enriquecimiento ilícito en concurso con los delitos que originan el incremento patrimonial del funcionario público, puesto que si dichos ilícitos aparecen demostrados judicialmente deberían aplicarse éstos y no la figura penal del enriquecimiento ilícito que queda así desplazada<sup>253</sup>. De lo contrario, si se comprueba que el funcionario público ha conseguido enriquecer su patrimonio por medio de la comisión de un delito contra el ejercicio de las funciones públicas (ya sea un cohecho, un peculado o unas exacciones ilegales) y además se le

<sup>251</sup>Art. 20 de la CNP: “Las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad. Quedan proscriptas la pena de confiscación de bienes y la de destierro”.

<sup>252</sup> Por ejemplo, DELGADO GIL sostiene que en todos los tipos de cohecho se persigue la existencia de un interés económico por parte del funcionario, entonces lo que se trata de evitar es el enriquecimiento ilícito que puede llegar a lograr el funcionario inmiscuyendo intereses privados en los públicos (DELGADO GIL, Andrés. *Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la administración pública*. ADPCP N° 62. Año 2009. pág. 388). Este criterio es compartido por OCTAVIO DE TOLEDO, quien sostiene que en todos los casos de cohecho el funcionario busca su enriquecimiento injusto, por lo que estos intereses particulares que se mezclan con los intereses públicos pueden desincentivarse mediante la evitación de la exposición a la venta del ejercicio de las actividades públicas (OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)*; en: Cerezo Mir, José; Suárez Montes, Rodrigo; Beristain Ipiña, Antonio; Romeo Casabona, Carlos (Editores): *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos*. op. cit. pág. 871.

<sup>253</sup> ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. *El enriquecimiento ilícito. Aspectos jurídico-procesales*. op. cit. pág. 65.; DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. op. cit. pág. 146; TODARELLO, Guillermo Ariel. *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 319.

atribuye el delito de enriquecimiento ilícito, se atentaría contra el principio *non bis in idem* pues se sancionaría más de una vez a la misma persona por unos mismos hechos<sup>254</sup>. Tal acierto ha hecho concluir a la doctrina que no puede configurarse el concurso ideal de delitos entre el enriquecimiento ilícito y los ilícitos penales comprobados que han originado el incremento patrimonial del funcionario público.

Esta postura ha sido asumida por la CSJ de Colombia en la Sentencia C-319 de fecha 18 de julio de 1996 que se expresa sobre el delito de enriquecimiento ilícito: “Tiene un carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado. Esta última característica, excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales de la misma categoría. Ello quiere decir, que si las pruebas aportadas al proceso permiten deducir con certeza que el incremento fue fruto, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por el peculado, o por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el enriquecimiento ilícito –lex primaria derogat legi subsidiariae–”.

Lo anterior hace surgir la interrogante de cómo se debería proceder ante unos hechos que se podrían encuadrar tanto en el delito de enriquecimiento ilícito como en otros delitos contra el ejercicio de las funciones públicas. Para responder a esta interrogante CANCINO y TOSCANO DE SÁNCHEZ dan los siguientes casos prácticos: a) el enriquecimiento indebido puede producirse porque el funcionario público se apropia en provecho propio o de un tercero, bienes del Estado cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, siendo esta conducta descrita en el delito de peculado o en el de malversación de caudales públicos, b) si el enriquecimiento obedece a la recepción o aceptación de dádivas por parte de otro, para realizar u omitir un acto propio de su cargo o para ejecutar otro contrario a sus deberes legales, dicha conducta se encuentra contemplada en el delito de cohecho, c) si el funcionario público experimenta un importante mejoramiento de su nivel de vida por un aumento súbito de sus gastos cotidianos gracias a las recompensas económicas que recibe por su intervención en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato en violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tal conducta se encuadra en el delito de cobro indebido de honorarios o en el delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos. Como puede advertirse, es difícil que se pueda aplicar directamente el delito de enriquecimiento ilícito a estos hechos ya que el comportamiento del funcionario público que genera su incremento patrimonial indebido forma parte del injusto de los delitos señalados en los citados ejemplos<sup>255</sup>.

De este modo, nos encontraríamos ante un concurso de leyes al apreciarse hechos (entre los cuales existe un enriquecimiento patrimonial) que pueden subsumirse en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse en atención a que éste aprehende por si solo todo el desvalor de los hechos concurrentes, puesto que si se estiman conjuntamente supondría un *bis in idem*<sup>256</sup>. Existe consenso en que si existen pruebas suficientes sobre unos hechos que pueden subsumirse en dos preceptos (que en este caso serían el enriquecimiento ilícito y cualquier otro delito de corrupción) se configura un concurso de leyes, por lo que resta saber cuál de ellos debe ser aplicado preferentemente para no incurrir en un *non bis in idem*, y sobre ello las opiniones de la doctrina han sido dispares.

<sup>254</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 153.

<sup>255</sup> CANCINO, Antonio José; TOSCANO DE SÁNCHEZ, Maruja. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág.43.

<sup>256</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 646. La STS 21/1999 de fecha 21 de diciembre, explica de un modo claro cuando existe un concurso de leyes expresando que en este caso existe un hecho único, en su doble vertiente natural y jurídica, pues se entiende que el hecho lesiona del mismo modo el bien jurídico que es tutelado por las normas concurrentes, por lo que el contenido de injusto y de reproche queda totalmente cubierto con la aplicación de sólo una de dichas normas penales, haciendo innecesaria la aplicación de las demás.

Por un lado DÍAZ ARANDA entiende que es evidente que el delito de enriquecimiento ilícito debe ser excluido por tener menos caracteres que los demás delitos contra el ejercicio de las funciones públicas; por consiguiente, si concurre alguno de ellos se deberá aplicar preferentemente en atención al principio de especialidad según el cual la ley especial deroga a la general<sup>257</sup>. Según el principio de especialidad existe concurso de leyes cuando de los varios preceptos concurrentes uno de ellos contempla más específicamente el hecho que los demás, es decir, el precepto preferente y excluido poseen iguales presupuestos pero el primero requiere algo más que lo hace más especial que el segundo. En ese sentido, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN argumentan que este criterio presta solución cuando un precepto reproduce las características de otro, añadiéndole además otras específicas, así el más específico desplaza al más genérico<sup>258</sup>.

En base a lo expuesto debe rechazarse esta postura, pues, aunque el delito de enriquecimiento ilícito coincide con el cohecho, el peculado o las exacciones ilegales en la existencia de un enriquecimiento indebido que constituye el fin o propósito del autor, no se puede afirmar que todos ellos contienen idénticos elementos objetivos típicos. Este argumento es respaldado por PORTOCARRERO HIDALGO quien sostiene que el tipo describe la conducta del funcionario público que se enriquece ilícitamente haciendo uso de su cargo público, mediante comportamientos ilícitos diferentes a los que ya tienen un tipo específico independiente<sup>259</sup>. Por lo tanto, no se evidencia una relación de especialidad entre el delito de enriquecimiento ilícito y las demás figuras penales que protegen el correcto ejercicio de las funciones públicas que podrían originar el aumento patrimonial del funcionario público.

Otra postura nos ofrece SANCINETTI para quien el enriquecimiento ilícito es un “tipo penal en pareja” de cada uno de los otros tipos de los delitos de funcionario, al menos cuando éstos pueden conducir al enriquecimiento. Para este autor el precepto en cuestión se aplica sólo cuando cada uno de los hechos concretos subsumibles en aquellos otros tipos no puede ser probados en particular. Afirma que este delito engloba una serie muy amplia de conductas indeterminadas que se presume delictivas, y decae cuando se comprueba un hecho concreto, por lo que se estaría ante un caso de alternatividad por razones procesales, en defecto de pruebas se aplica el enriquecimiento ilícito; en cuanto se demuestre un hecho concreto, se aplicaría otro<sup>260</sup>. Esta postura tampoco puede considerarse válida porque la doctrina nos dice que el principio de alternatividad se aplica cuando el legislador, por un error o descuido, ha tipificado dos o más preceptos que vienen a prever exactamente el mismo hecho, debiendo imponerse en este caso el precepto que señale la pena más grave, y en el caso en estudio ya hemos señalado más arriba que el tipo penal de enriquecimiento ilícito no describe unos hechos y comportamientos que guardan similitud con otros tipos penales que protegen el mismo bien jurídico.

La postura más aceptada sostiene que el delito de enriquecimiento ilícito queda desplazado cuando se comprueba otro delito contra el ejercicio de las funciones públicas cuya comisión proporciona al funcionario público los bienes indebidos que incrementan excesivamente su patrimonio, en razón a que su injusto ya incorpora el desvalor del injusto del delito de enriquecimiento ilícito y además afecta el mismo bien jurídico vulnerado por aquél. Aquí entra en juego el «principio de consunción» que indica que un precepto desplaza a otro cuando por sí solo incluye ya el desvalor que éste supone. Este principio sirve como criterio al que debe acudir el intérprete cuando uno de los preceptos en juego es suficiente para valorar completamente el hecho y no existe una forma más específica de solución del concurso de

<sup>257</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. op. cit. pág. 147.

<sup>258</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 467.

<sup>259</sup> PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 241.

<sup>260</sup> SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. pág. 114.

leyes<sup>261</sup>. Los delitos de funcionario que protegen la función pública y que se agrupan desde el punto de vista criminológico dentro de los actos de corrupción, comparten una característica que identifica la esencia misma de este grupo de figuras criminales: la obtención de un beneficio económico indebido.

Desde esta perspectiva, si tenemos por un lado a un delito contra el ejercicio de las funciones públicas que describe un determinado comportamiento delictivo cuyo fin es la obtención de un enriquecimiento indebido, y por otro tenemos al delito autónomo de enriquecimiento ilícito que incrimina el simple acto de incorporación al patrimonio de bienes que se presumen ilícitos, es evidente que la realidad delictiva del primero engloba y consume a la del segundo. Cuando en el cohecho el funcionario público exige una dádiva a un sujeto por realizar u omitir un acto propio de su cargo, y éste conciente dicha solicitud, no puede negarse que ese pago o recompensa viene a incrementar el patrimonio del funcionario público, y al ser éste de origen ilícito, no puede justificarlo. Lo mismo ocurre en el delito de exacción, al comprobarse que un funcionario público encargado de la recaudación de impuestos ha entregado en forma parcial lo recaudado, habiéndose quedado para sí el resto de las sumas dinerarias. Aquí también puede apreciarse un aumento ilícito del patrimonio del funcionario público. En estos delitos consumados se consideran implícitamente apreciados y valorados en su faz de agotamiento el resultado incriminado en el delito de enriquecimiento ilícito, siendo esto así porque el incremento patrimonial indebido constituye un elemento de la progresión criminal del delito preferente, formando parte de su *iter criminis*<sup>262</sup>. Por eso debe concluirse que el injusto del delito de enriquecimiento ilícito quedará absorbido por el delito que origina el incremento patrimonial ilícito del funcionario público, siempre y cuando su consumación sea judicialmente comprada.

La imposibilidad de que concurra el enriquecimiento ilícito con otro delito contra el ejercicio de las funciones públicas cuya comprobación judicial demuestra que ha sido el origen de la cuantiosa mejoría patrimonial del funcionario público, no ha sido compartida por la jurisprudencia paraguaya al haber admitido en sus fallos el concurso ideal entre estos ilícitos penales. En ese sentido, la SDTS N° 215 de fecha 31 de julio de 2007 manifiesta en la relación de hechos probados por los juzgadores que el funcionario público acusado se había apropiado de sumas de dinero recaudados en su carácter de cajero de la Dirección General de Aduanas que no fueron rendidos ni depositados en el erario público, que posteriormente entregó a su esposa tanto para que ésta adquiriera bienes a su nombre que incrementaron notable e injustificadamente su patrimonio, como también para evitar todo tipo de nexos o evidencias que lo comprometiera en la comisión de este delito. El tribunal concluye en la sentencia que el enriquecimiento patrimonial injustificado de la esposa del funcionario fue posible a través del delito de exacción cometido por éste último; no obstante, y habiendo comprobado este hecho punible, igualmente lo ha condenado además por el delito de enriquecimiento ilícito. Esto supone un claro quebrantamiento del principio *non bis in idem*, ya que el funcionario público acusado ha sido sancionado penalmente por enriquecimiento ilícito y a la vez por el delito principal que originó ese enriquecimiento (delito de exacción previsto en el art. 312 del CPPyo<sup>263</sup>).

<sup>261</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 650; DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *La respuesta a la corrupción pública*. op. cit. pág. 214 “en la relación de consunción se pone el acento en la contemplación no de los tipos delictivos abstractamente formulados, sino de los hechos concretamente verificados o del modo efectivo y concreto de verificarse los supuestos en estudio, operando únicamente con pautas valorativas para concluir que el desvalor captado por uno de los tipos aparece incluido en el desvalor tenido en cuenta por el otro”

<sup>262</sup> TODARELLO, Guillermo Ariel. *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 320.

<sup>263</sup> Art. 312 del CPPyo: “1° El funcionario encargado de la recaudación de impuestos, tasas y otras contribuciones que a sabiendas: 1. recaudara sumas no debidas, 2. no entregara, total o parcialmente, lo recaudado a la caja pública, o 3. efectuara descuentos indebidos, será castigado con pena privativa de libertad de uno a cinco años o con multa”.

Por otra parte, no caben reparos en aceptar el concurso real cuando varios hechos realizados por el funcionario constituyen varios delitos que no guardan identidad en sus respectivos procesos ejecutivos, y que no haya recaído sentencia en relación a ninguno de ellos<sup>264</sup>. Esto ocurre normalmente cuando el funcionario adquiere bienes injustificados con los cuales incrementa su patrimonio, y a la vez omite consignarlos o lo hace parcialmente en su declaración jurada de bienes con el fin de ocultarlos de los órganos de control del Estado. Así, los hechos realizados infringirían la norma del delito de enriquecimiento ilícito y la del delito de declaración falsa prevista en el art. 243 del CPPyo, debiendo ser condenado el funcionario a una sola pena en base al precepto más grave de acuerdo al art. 70 del mismo cuerpo legal<sup>265</sup>.

Por último, menciona MIR PUIG que el principio de consunción se aplica sin inconvenientes cuando el precepto preferente señala una pena esencialmente más grave que el precepto consumido<sup>266</sup>, por lo que el supuesto aquí estudiado presentaría problemas en razón a que el delito que debería ser desplazado –que en este caso es el enriquecimiento ilícito–, posee un marco penal que supera ampliamente en gravedad al previsto en los delitos que podrían ser su preferente (y que englobarían su desvalor). Esta disyuntiva constituye otro de los motivos para que de *lege ferenda*, si el legislador decide mantener este tipo penal, adecue la penalidad del delito de enriquecimiento ilícito en función a los marcos penales de los demás delitos contra el ejercicio de las funciones públicas previstos en el CPPyo, todo esto, en estricta aplicación del principio de proporcionalidad.

---

<sup>264</sup> SANZ MORAN, Ángel José. *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*. op. cit. pág. 246.

<sup>265</sup> Art. 70 del CPPyo: “1°. Cuando el mismo hecho punible transgreda varias disposiciones penales o la misma disposición penal varias veces o cuando varios hechos punibles del mismo autor sean objeto de un procedimiento, el autor será condenado a una sola pena que será fijada en base a la disposición que prevea el marco penal más grave. Dicha pena no podrá ser inferior a la mínima prevista por los marcos penales de las otras disposiciones lesionadas”.

<sup>266</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. idém pág.



## Capítulo VIII

# EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y SU ADECUACIÓN A LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN

### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Sostiene MANFRONI que el Estado tiene todo el derecho a pretender por razones de transparencia administrativa, confianza pública y política criminal, que sus funcionarios públicos sólo puedan poseer el patrimonio que puedan justificar mediante sus actividades lícitas (los provenientes de la retribución del ejercicio de su cargo público y de otras actividades económicas privadas lícitas debidamente acreditadas y consignadas en su declaración jurada de bienes). Por tanto, si el Estado procede a castigar a aquellos funcionarios públicos cuyos patrimonios no se correspondan con sus ingresos legales, dicha decisión no vulneraría ningún principio constitucional<sup>1</sup>.

Este argumento ha sido tenido en cuenta por algunas constituciones latinoamericanas que expresamente exigen la consideración como delito de todo comportamiento realizado por un miembro de la función pública que conlleve el enriquecimiento ilícito de su patrimonio durante el ejercicio de sus funciones públicas, tal como lo hace el texto constitucional argentino en el art. 36: “atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”; o el mexicano que prescribe en el art.109, apartado III, tercer párrafo: “las leyes determinaran los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por si o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar”<sup>2</sup>. Por su parte la Constitución de Perú en el art. 41, 2º párrafo reza: “Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial”. En Colombia existe consenso en la doctrina de que el Constituyente se ha referido expresamente al delito de enriquecimiento ilícito (tanto de funcionarios como de particulares) en el art. 34 de la Constitución al consagrar y permitir en dicho precepto la extinción del dominio de los bienes que integran un excesivo patrimonio injustificado<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> MANFRONI, Carlos. *The inter-american convention against corruption*. op. cit. Pág. 70.

<sup>2</sup> Se puede decir que México es el único país que tiene tipificado el delito de enriquecimiento ilícito en su propia constitución. Esto se desprende de la interpretación que ha realizado la CSJ de la nación mexicana del Art. 109 de la constitución mediante la Tesis de jurisprudencia N° XXXIX/2002 en respuesta del amparo en revisión N° 1293/2000 de fecha 15 de agosto de 2002, en la que manifiesta que el constituyente mexicano ha previsto la conducta del enriquecimiento ilícito en la primera parte del párrafo tercero, fracción III del Art. 109 de la constitución. En dicha resolución el pleno del máximo órgano judicial mexicano manifestó lo siguiente: “Del análisis comparativo de los artículos 109, fracción III, párrafo tercero, de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, y 224 del código penal federal, se advierte que ambos resultan coincidentes, y que el último precepto en realidad reprodujo o trasladó de manera esencial los elementos que el poder reformador de la constitución estimó necesarios para proteger el patrimonio del Estado, combatir la corrupción y reforzar la moral dentro de la administración pública. La preocupación del constituyente de regular, en los diferentes ámbitos, las conductas desplegadas por los servidores públicos, lo condujo a establecer en la propia constitución el tipo penal de enriquecimiento ilícito, el cual, con todos sus elementos integradores, en forma similar fue reiterado en el código penal federal”.

<sup>3</sup> Art. 34 de la CN de Colombia: “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral”. En ese sentido, la CSJ de Colombia por

Estos preceptos constitucionales constituyen mandatos dirigidos al legislador que ordenan la tipificación como delito todo acto de corrupción pública que tenga como denominador común la utilización deshonesta del cargo público con el fin de obtener un beneficio patrimonial ilícito a costa de un perjuicio económico al Estado o de cualquier particular, y otorgan legitimación al marco legal de los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas previstos en las legislaciones penales<sup>4</sup>.

La criminalización de los clásicos actos de corrupción pública como delitos de funcionarios casi nunca ha sido cuestionada desde el punto de vista constitucional porque se justifica en la necesidad de prevenir comportamientos que afectan intereses supraindividuales sumamente importantes para el contexto social, tal como lo es la función pública. Estas figuras penales tienen como uno de sus fines la persecución de los enriquecimientos patrimoniales ilícitos en la función pública originados en actos desviados o deshonestos de sus miembros quienes quebrantan los deberes de su cargo para alcanzar dicho propósito. Sin embargo, la categoría de los delitos de funcionario fue puesta en tela de juicio con la incursión en el ámbito legislativo nacional e internacional del delito de enriquecimiento ilícito, promovido y auspiciado a través de la política criminal de ciertos países latinoamericanos que vieron en esta figura penal una herramienta eficaz para hacer frente a los vacíos legales e insuficiencias probatorias de los Estados para detectar las conductas irregulares cometidas por los funcionarios públicos que les generan beneficios económicos indebidos<sup>5</sup>. Lo correcto hubiera sido solucionar estas deficiencias mediante el perfeccionamiento de los sistemas administrativos de fiscalización y transparencia pública, como también de los tipos penales que tutelan el correcto ejercicio de las funciones públicas; sin embargo, la mayoría de los Estados latinoamericanos han decidido alcanzar dicha finalidad a través de la incriminación de una figura penal autónoma, subsidaria y de sospecha, que castiga el incremento patrimonial excesivo e injustificado de un funcionario público que no guarda relación con sus legítimos ingresos económicos.

Como es evidente, esta propuesta político criminal encierra una presunción cuyo contenido manifiesta que si el funcionario público no puede explicar (justificar) con sus ingresos legales el excesivo incremento de su riqueza personal, automáticamente se entiende que esta mejoría patrimonial ha sido obtenida por medio de una actividad delictiva, que en el ámbito específico de los funcionarios públicos se expresa en la sospecha de haber cometido hechos de corrupción pública<sup>6</sup>. Esta presunción de culpabilidad que obliga al funcionario a acreditar el origen lícito de sus bienes para desvirtuar su participación en un supuesto hecho punible relacionado con el ejercicio de su cargo público, ha merecido una acérrima objeción en base a que toda conducta penal que posea estas características vulneraría derechos fundamentales de

---

Sentencia C-397 de fecha 5 de agosto de 1998, ha manifestado que la figura del delito de enriquecimiento ilícito previsto en el código penal se fundamenta y legitima expresamente en el art. 34 de la constitución colombiana.

<sup>4</sup> Señala TODARELLO que el art. 36 de la constitución argentina asigna importancia a la función desarrollada por la administración pública, y revela una evidente preocupación por reglamentar en todos los aspectos la labor de los funcionarios y empleados públicos para que se sancione especialmente a los que incurriesen en cualquier delito contra el Estado (corrupción) que produzca básicamente un mejoramiento de la situación económica del agente. Según este autor, es indudable que las conductas delictivas realizadas contra la administración pública han adquirido un nuevo carácter a raíz de la incorporación del art. 36, puesto que esa estructura constitucional y legal permite comenzar a perfilar los lineamientos del denominado derecho humano a la transparencia (TODARELLO, Guillermo Ariel. *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 333).

<sup>5</sup> Destaca MANFRONI que esta figura es particularmente útil para los pueblos de América Latina, cuyos Estados carecen, frecuentemente, de recursos de alta tecnología eficaces para la detección del delito en el preciso momento en que éste se produce. A esta impotencia se une la burla que significa la ostentación material de sus funcionarios, sin que los pueblos tengan modo de adivinar en qué precisa oportunidad, de las miles con las que los agentes públicos cuentan, fue cometido el delito o quizás, los innumerables delitos que dieron lugar al enriquecimiento (MANFRONI, Carlos. *The inter-american convention against corruption*. op. cit. pág. 69).

<sup>6</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno*. op. cit. pág. 794.

orden constitucional como el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a no declarar o incriminarse contra sí mismo, entre otros. Bajo estos argumentos la Sala Constitucional de la CSJ de Costa Rica mediante Sentencia N° 1707 de fecha 28 de marzo de 1995, declaró inconstitucional y procedió a anular los incisos a, c y e del art.26 de la antigua Ley N° 6872 del 17 de junio de 1983 que regulaba las conductas punibles con las cuales el legislador había descrito el delito de enriquecimiento ilícito<sup>7</sup>, siendo el primer antecedente de un país que declaraba inconstitucional a esta figura penal<sup>8</sup>. De igual modo, la Corte de Casación de la República Árabe de Egipto en respuesta a la cuestión de si el delito de enriquecimiento ilícito es compatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, sostuvo que el segundo párrafo del art. 2 de la ley de enriquecimiento ilícito que define dicho ilícito penal como todo incremento patrimonial de un funcionario público que no se corresponde con sus ingresos legales y no logra demostrar un origen legítimo, infringe el principio de presunción de inocencia previsto en la Constitución<sup>9</sup>.

El debate sobre la constitucionalidad de esta figura traspasó las fronteras internas de los países para tomar contornos internacionales cuando la misma fue incluida en los tres instrumentos jurídicos internacionales más importantes de lucha contra la corrupción (CICC, CUAC y CNUCC). De hecho, este delito fue introducido en la CICC a propuesta de algunos países latinoamericanos que ya lo tenían legislado en sus ordenamientos penales, pero generó la objeción de otros países especialmente de raigambre anglosajona (EE.UU. y Canadá) por su presunta inconstitucionalidad, lo que condicionó su contemplación definitiva en dicho instrumento internacional a que se incluyera una cláusula de salvaguarda que consiste en que todo país que hubiera firmado y ratificado la convención sólo estaría obligado a tipificar el enriquecimiento ilícito si la estructura típica de este delito no encuentra contradicción con la Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. Esta misma decisión fue adoptada posteriormente en la CUAC y en la CNUCC.

<sup>7</sup> Art. 26 de la Ley N° 6872/83: “Incurrirán en el delito de enriquecimiento ilícito y será sancionados con prisión de seis meses a seis años, los servidores públicos que en el ejercicio de un cargo público, o dentro del año siguiente a la cesación de su relación de servicio: a) adquieran bienes de cualquier índole o naturaleza, sin poder probar el origen lícito de los recursos de que han dispuesto para tal efecto, excepción hecha de su salario o de las sumas que legalmente puedan devengar; b) mejoren su situación económica en las circunstancias descritas, habiendo cancelado deudas o extinguiendo obligaciones que afectaban su patrimonio; c) se enriquezcan de cualquier modo como consecuencia exclusiva del cargo, sin acreditar la licitud de su aumento de fortuna y la verosimilitud de las fuentes de recursos invocadas; d) Incurrirán en igual delito y serán sancionados con la misma pena, los miembros de los supremos poderes que dicten o promulguen leyes, decretos, acuerdos o resoluciones, en que se otorguen beneficios para su exclusivo provecho, o para sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; e) Incurrirán también en el delito tipificado en este artículo, los servidores cuyos cónyuges, ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, se enriquezcan sin poder dar demostración fehaciente de la licitud del incremento en sus bienes o fortuna. Para tales efectos el pariente se considerará coautor o cómplice, de conformidad con las reglas establecidas en el código penal”.

<sup>8</sup> La Sala Constitucional de la CSJ de Costa Rica justificó su decisión con los siguientes fundamentos: “...puede concluirse que los incisos del artículo 26 anteriormente transcritos efectivamente imponen al funcionario público de que se trate, el deber de demostrar el origen del aumento en su patrimonio, que exceda el monto de su salario o las sumas que legalmente puede devengar, invirtiendo el tipo penal de manera evidente la carga de la prueba en contra del encausado violando con ello de modo flagrante el principio de inocencia en los términos prescritos por el artículo 39 constitucional, concerniéndole al órgano acusador la demostración de la procedencia ilícita del patrimonio del servidor público. De este modo, no es siquiera posible pensar en alguna interpretación de la norma que permita al juez penal su aplicación sin lesión de derechos fundamentales del imputado. Cabe aclarar que, pese a que la Sala es consciente de la necesaria regulación y fiscalización de la actividad indebida de los funcionarios públicos, ello no justifica de modo alguno la transgresión de los derechos fundamentales de la persona sujeta a un procedimiento sancionatorio, en modo tan evidente como el de las normas cuya inconstitucionalidad aquí se declara, como piedra angular de un sistema democrático en el cual las limitaciones a la libertad personal y la imposición de actos gravosos deben enmarcarse en las pautas que la misma constitución establece”.

<sup>9</sup> MUZILA, Lindy; MORALES, Michelle; MATHIAS, Marianne; BERGER, Tammar. *On the take. Criminalizing illicit enrichment to fight corruption*. op. cit. pág. 29.

La cláusula de salvaguarda es un test de constitucionalidad que debe realizar todo país que haya firmado y ratificado los convenios internacionales señalados como condición ineludible para incorporar el delito de enriquecimiento ilícito a su derecho interno, o para reformarlo y adecuarlo al sentido de los convenios internacionales si lo hubieran tipificado con anterioridad. Esto significa que cada Estado se encuentra obligado a debatir previamente en sus respectivos congresos legislativos todo proyecto de ley que desee tipificar este delito con el fin de corroborar si la conducta típica a ser sancionada se adecua a los principios fundamentales sobre los que se sustenta su ordenamiento jurídico. En ese sentido, varios países latinoamericanos como Argentina<sup>10</sup>, Chile<sup>11</sup> y Costa Rica<sup>12</sup> se han destacado por generar arduos, profundos y hasta si se quiere, polémicos debates parlamentarios a los proyectos de ley que tuvieron por objeto la tipificación o reforma del delito de enriquecimiento ilícito, lo que ha posibilitado que los miembros de la soberanía popular de estos países hayan otorgado el permiso constitucional que ha legitimado dicha figura penal.

En cambio, el Paraguay no ha obrado a semejanza de los países mencionados ya que de los debates parlamentarios realizados por ambas cámaras legislativas (Senadores y Diputados) se extrae que no han realizado un debido y exhaustivo debate sobre la constitucionalidad del tipo penal de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04, habiendo sido aprobado dicho cuerpo legal en base a la necesidad de actualizar la entonces desfazada legislación penal sobre este delito (el DL N° 448/40 tenía más sesenta años de vigencia), en los compromisos de reforma asumidos por la ratificación de las convenciones internacionales contra la corrupción (CICC y CNUCC), y en la idea de que esta figura penal vendría a solucionar las dificultades que tienen los titulares de la acción penal pública para investigar, perseguir y condenar hechos de corrupción pública, a causa de insuficiencias de prueba o de los vacíos legales que presenta la legislación penal anticorrupción. Parece que al legislador paraguayo no le ha importado mucho que el delito de enriquecimiento ilícito estuviese o no en conformidad con la Constitución, dado que no ha realizado el correspondiente test de constitucionalidad a la estructura típica de este delito, procediendo a su sanción legal más bien movido por lo que SANCINETTI denomina “autodignificación indirecta” que parte del prejuicio de que todo aquel que se sintiera virtuoso

---

<sup>10</sup> En Argentina, el debate sobre la tipificación del enriquecimiento ilícito como delito y su adecuación a los principios fundamentales de la constitución de aquel país, surgió a partir de los años 30 del siglo pasado a través de varios proyectos de ley que no superaron ese estadio legislativo. Recién en 1964 el congreso argentino dictó la ley N° 16.648 que tipificó por primera vez el delito de enriquecimiento ilícito, luego de una serie de cuestionamientos que se vio sometida esta figura penal, especialmente, por su supuesta oposición a las garantías constitucionales. Sobre la evolución legislativa del delito de enriquecimiento ilícito en Argentina, Vid: COLOMBO, Marcelo; IPOHORSKI LENKIEWICZ, José M. *Evolución legislativa reciente y análisis de la figura penal en el enriquecimiento ilícito*. op. cit. págs. 92-104.

<sup>11</sup> El delito de enriquecimiento ilícito se pretendió incluir por primera vez en la legislación penal chilena a través de la Ley N° 19.645 de fecha 11 de diciembre de 1999, pero dicha propuesta fue rechazada por mayoría de votos luego de un importante debate que se centró en la contradicción de esta figura con la constitución de aquel país. No fue hasta el año 2005 que el congreso chileno por medio de la Ley N° 20.088 dio el visto bueno constitucional al delito de enriquecimiento ilícito y permitió su inclusión al código penal. Sobre los antecedentes legislativos del delito de enriquecimiento ilícito en Chile, Vid: HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno*. op. cit. págs. 790-794.

<sup>12</sup> Costa Rica es un excelente ejemplo a ser expuesto, en razón a que el poder legislativo ha tratado la constitucionalidad de los proyectos sobre el delito de enriquecimiento ilícito en estrecha relación con la Sala Constitucional del Poder Judicial a través del recurso de la consulta legislativa facultativa de constitucionalidad. Desde la entrada en vigor de la CICC, el Estado costarricense se abocó a propiciar varias reformas legales a su legislación penal sobre corrupción, y en ese sentido, se presentó en el año 2001 un proyecto de ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, el cual fue modificado de acuerdo a los fundamentos de la consulta facultativa de constitucionalidad N° 11584 del año 2001 emanada de la Sala Constitucional de la CSJ, lo que posibilitó la introducción al citado proyecto de los cambios necesarios para su correcta armonización con las disposiciones fundamentales de la constitución política costarricense e hizo posible que el plenario legislativo apruebe la hoy vigente Ley N° 8422 del año 2004 y de la figura penal de enriquecimiento ilícito previsto en el art. 45 del citado cuerpo legal.

defenderá la estructura de este tipo penal, porque tendrá un verdadero interés en la persecución de los funcionarios corruptos, y todo aquel que ataque esta clase de incriminación sólo pretenderá amparar a funcionarios deshonestos<sup>13</sup>.

Actualmente el art. 3 de la Ley N° 2523/04 que contiene las conductas punibles del delito de enriquecimiento ilícito se encuentra en vigencia; no obstante, esto no impide que esta investigación se aboque a realizar un estudio crítico desde el punto de vista constitucional a los efectos de poder tomar una postura sobre su vigencia, reforma o total derogación. Por lo tanto, partiendo del análisis dogmático efectuado en los capítulos anteriores corresponde en el presente averiguar si las características jurídicas de la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito se adecuan a las garantías básicas del sistema penal establecidas en la CNP. Esta tarea se justifica principalmente en la actual discusión existente en el ámbito nacional e internacional sobre la supuesta inconstitucionalidad de esta figura penal por no ser respetuosa con los derechos fundamentales correspondientes a todo ciudadano y sobre los cuales se sustenta el Estado Social y Democrático de Derecho. Para ello se tomarán en cuenta los cuestionamientos provenientes de la doctrina extranjera que son perfectamente aplicables al delito descrito en la Ley N° 2523/04, en razón a que a los tipos penales de enriquecimiento ilícito previstos en las legislaciones penales latinoamericanas poseen en mayor o menor medida los requisitos y elementos esenciales establecidos en el homónimo acto de corrupción contemplado en las convenciones internacionales sobre corrupción. Los temas a ser tratados en este capítulo se dividirán en dos partes. La primera se referirá sobre la adecuación de la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito con los principios de naturaleza sustantiva penal de determinación legal, lesividad, proporcionalidad y culpabilidad; y la segunda abarcará el mismo objeto pero con relación a los derechos de naturaleza procesal de presunción de inocencia y a no declarar contra sí mismo.

## **2. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y SU ADECUACIÓN A LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS PENALES DE NATURALEZA SUSTANTIVA.**

### **2.1. Con relación al principio de determinación legal.**

De las objeciones hechas por la doctrina a la estructura del tipo penal de enriquecimiento ilícito, en primer lugar cabe analizar aquella que sostiene que infringe el principio de determinación, que es el aspecto material del principio de legalidad penal<sup>14</sup>. ROXIN manifiesta que un Estado debe proteger al ciudadano no sólo mediante el Derecho penal, sino también del mismo, es decir, el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva<sup>15</sup>. En épocas pasadas el poder punitivo estatal se concebía de un modo ilimitado; sin embargo, actualmente toda intervención penal del Estado en los derechos y libertades individuales se encuentra limitado materialmente a través de la instauración de determinados principios desarrollados a partir de la época de la Ilustración entre los cuales el de legalidad penal es uno de los más importantes. Este principio generalmente formulado con la

<sup>13</sup> Este autor sostiene que tanto el orador político como el autor doctrinal que se pronuncie a favor de este delito, obtendrá una “dignificación” de su posición y, posiblemente, también de su persona, siendo por tanto una buena forma de elogiarse a sí mismo, sin decir de modo explícito “yo soy bueno”. Por eso hay que estar precavido del peligro de ser traicionado por la tendencia a la autodignificación, porque él incita a tomar una posición siempre favorable a la conducta penal del enriquecimiento ilícito, antes de hacer previamente un análisis crítico(SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. págs. 17-22).

<sup>14</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 155.

<sup>15</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 137.

fórmula latina «*nullum crimen, nulla poena, sine lege*» se debe a Feuerbach<sup>16</sup> y significa que todo hecho considerado delito, como también su pena y las consecuencias accesorias deben estar previamente determinados en la ley.

En sus primeras formulaciones el principio de legalidad estuvo más vinculado a la teoría de la pena. BECCARIA fundamentaba el derecho a penar en el contrato social y decía que sólo las leyes pueden establecer las penas correspondientes a los delitos, y esta potestad no puede residir más que en el legislador que representa a toda la sociedad unida por un contrato social, y en base a ello, ningún magistrado puede infligir con justicia penas a otro miembro de la sociedad misma<sup>17</sup>. FEUERBACH relacionaba este principio con la prevención general a través de la coacción psicológica: el Estado debía preceder a la acción delictiva inhibiendo los impulsos del hombre estableciendo en la ley las consecuencias de su hecho, de manera que éste sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho<sup>18</sup>. Así también, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) dispuso en su art.8 que la ley no debe establecer más que las penas estrictas y manifiestamente necesarias, y que nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada conforme a la propia ley. Desde entonces el principio de legalidad fue adquiriendo un carácter fundamental en el Derecho penal como principio constitucional y como principio propiamente penal, independientemente de cualquier teoría de la pena<sup>19</sup>, existiendo constituciones que la contemplan implícitamente en su texto, y otras que aceptan su vigencia como derivación de otros derechos fundamentales<sup>20</sup>.

El principio de determinación consiste en que los tipos penales deben aparecer como una construcción técnica, clara y precisa que permita una comprensión natural y sin esfuerzo acerca de un comportamiento antijurídico a un entendimiento razonable sobre el contenido nuclear y de los límites de las normas penales<sup>21</sup>. Las ventajas de este aspecto material del principio de legalidad radican en que, por un lado, ofrece al ciudadano seguridad jurídica pues a través de él sabe qué conductas no debe realizar al encontrarse conminadas con una pena, y por otro, al encontrarse la conducta taxativamente descrita en la ley los jueces no pueden crear el derecho libremente, es decir, se les reduce a un mínimo razonable la posibilidad de decisión personal en la configuración concreta del hecho que se prohíbe. Por lo tanto, sus consecuencias no sólo se dirigen al legislador que crea las leyes penales, sino también a los jueces que las aplican<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> RITTER VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Tratado de Derecho penal*. op. cit. pág. 63.

<sup>17</sup> BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Edición bilingüe italiano-castellano por: Perfecto Andrés Ibañez. Editorial Trotta. Madrid. Año 2011. pág. 117.

<sup>18</sup> RITTER VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Tratado de Derecho penal*. op. cit. pág. 60.

<sup>19</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho penal*. op. cit. pág. 56.

<sup>20</sup> A esto hay que agregar el amplio reconocimiento que tiene el principio de legalidad por parte de la doctrina y de la jurisprudencia de todo país que adopta el Estado Social y Democrático de Derecho.

<sup>21</sup> URQUIZO OLAECHEA, José. *Principio de determinación de la ley penal*, en: Nieto Martín, Adán (Coordinador): Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Volumen I. Editorial Universidad de Castilla La Mancha- Universidad de Salamanca. Cuenca-Salamanca. Año 2001. pág. 1337.

<sup>22</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. idem pág. “La idea básica del principio de legalidad reside en que el castigo criminal no depende de la arbitrariedad de los órganos de persecución penal ni tampoco de los tribunales, sino que debe estar fijado por el legislador legitimado democráticamente. De este modo, el principio de legalidad es una fuente de seguridad jurídica para los ciudadanos y consigue establecer un enlace entre los tribunales y las decisiones del legislador. En sí misma, la arbitrariedad judicial también se evita en un sistema en el que, como sucede con el common law, la resolución del caso concreto viene suministrada por el Derecho consuetudinario y los precedentes judiciales”. En esta misma línea de pensamiento, HASSEMER afirma que la especificación de los elementos de un tipo y la reducción de su número hasta donde sea imprescindible para la calificación del delito es, sin duda, una gran conquista de la historia del Derecho penal. Con ello se hace posible una más estrecha vinculación del juez a la ley y mejora las posibilidades del control de su comportamiento en la aplicación de la misma (HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Traducido por Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1984. pág. 116).

En este sentido, WELZEL señala que el ordenamiento jurídico tiene que concretar sus disposiciones penales, es decir, tiene que circunscribir objetivamente la conducta que prohíbe. Esta materia de prohibición contiene la descripción objetiva, material –el modelo de conducta– de la conducta prohibida. Sólo gracias a este modelo de conducta pueden reconocer el ciudadano y el juez qué formas de conducta están prohibidas y se satisface la exigencia del principio *nulla poena sine lege*<sup>23</sup>. Sin embargo, no se puede evitar cierto grado de indeterminación en la construcción de las leyes penales, pues como dice URQUIZO, en ella siempre existe cuotas de inexactitud y de vaguedad las cuales encuentran su etiología en las limitaciones e imperfecciones propias del lenguaje o en la necesidad de dotar a la construcción típica de términos técnicos que poseen una carga valorativa independiente y por definir. No todos los supuestos legales reflejan la claridad y precisión que se espera de ellos ni permiten el acceso a una comprensión cabal y sin dudas del contenido de la ley penal. Aunque el legislador no lo busque, a veces, se restringe de modo significativo la calculabilidad del ciudadano respecto a sus comportamientos o si lo busca, esto es, si teniendo la posibilidad de precisar una norma no lo hace, esperando que sea la jurisprudencia la que llene tal vacío con su interpretación. Así, la expectativa de la *lex certa* algunas veces se ve frustrada<sup>24</sup>.

Esto pasa generalmente con los elementos normativos en los que el legislador ha dejado una cierta libertad valorativa al juez para completar su contenido y permitan ser aplicados, a diferencia de los elementos descriptivos en los que sí puede hablarse de una estrecha vinculación del juez a la ley, puesto que su sentido material se deduce directamente de la observación, la experiencia de la vida o de otros criterios exteriores ya fijados en la norma<sup>25</sup>. Por lo tanto, se admite sin reparos la complementación valorativa del juez a ciertos elementos de los tipos penales, siempre que esta tarea no sea inconstitucional, situación que se daría si el injusto material de un delito sea vago o poco claro a causa de una norma penal indeterminada que haga que el juez se permita fijar el contenido del objeto de regulación (mandato o prohibición) conforme a sus propios criterios personales<sup>26</sup>.

Sobre el tema que nos ocupa, una parte de la doctrina considera que el tipo penal de enriquecimiento ilícito infringe el principio de determinación porque no describe con precisión cuál es la conducta prohibida u ordenada, y en relación a ello, en Argentina, SANCINETTI expresa que “enriquecerse” no es un comportamiento, sino el resultado de la comparación entre el estado patrimonial en un momento y el estado patrimonial en otro, siendo naturalmente esta situación un hecho en el sentido del Derecho civil, pero no un hecho en el sentido del Derecho penal de acto, ya que el incremento patrimonial puede producirse inclusive sin ninguna conducta<sup>27</sup>. En otras palabras, si la mencionada comparación arroja una diferencia positiva, se

<sup>23</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. op. cit. pág. 74.

<sup>24</sup> URQUIZO OLAECHEA, José. *Principio de determinación de la ley penal*. op. cit. pág. 1336.

<sup>25</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 138.

<sup>26</sup> En relación a esta hipótesis ROXIN señala que es contraria al principio de división de poderes porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo (ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 169).

<sup>27</sup> SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. págs. 27 y 28. En contra de esta postura sostiene RIMONDI que ninguna duda cabe respecto de que el incremento es un hecho, no obstante, no debe caerse en el error de confundir la acción con el resultado. Un aumento del activo o una disminución del pasivo son simples modificaciones del estado patrimonial de una persona, pero conforme al ordenamiento positivo, en principio, son consecuencia de un acto humano. Consecuentemente, existen conductas humanas voluntarias que originan los acrecentamientos patrimoniales, siendo éstas las acciones que además de ser típicas, antijurídicas y culpables, configuran el delito de enriquecimiento ilícito (RIMONDI, Jorge Luis. *Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública*. op. cit. pág. 292). Sin embargo, el razonamiento de este autor no llega a refutar las críticas hechas por Sancinetti, pues aunque se admita que son actos humanos voluntarios los que originan el aumento patrimonial objeto del delito en estudio, estos no se encuentran previstos de una forma clara y precisa en el art. 268 (2) del CP argentino, por lo que dicho tipo penal estaría en contradicción con el principio de legalidad penal.

tiene por acreditado que hubo un incremento patrimonial (hecho central del injusto), pero éste será siempre el resultado de una conducta humana que no es descrita por el legislador. De ahí que al no comprobarse un contenido de injusto específico se tache al enriquecimiento ilícito como un delito sin comportamiento punible.

Esta crítica parte de la doctrina de aquellos países en los que el legislador ha utilizado al verbo «enriquecer» como elemento central de este tipo penal, siendo descrito su injusto por medio de construcciones terminológicas como «el que se enriquece injustificadamente» o similares «el que obtiene un incremento patrimonial injustificado», las cuales no describen con claridad los actos idóneos para generar el enriquecimiento, qué circunstancias lo tornan ilícito y cuándo debe considerarse excesivo para ser considerado penalmente relevante. Se sabe que el legislador tiene la tarea de agotar exhaustivamente los contornos del tipo suministrando la totalidad de los elementos que conforman el contenido del injusto de un determinado delito<sup>28</sup>; sin embargo, estas construcciones típicas sólo señalan una parte de la materia de prohibición mediante la incriminación de un efecto o consecuencia (el enriquecimiento patrimonial), dejando al juez a través de su labor interpretativa la integración del contenido del tipo penal señalando en cada caso concreto cuales han sido las conductas que el funcionario público ha realizado para aumentar injustificadamente su patrimonio<sup>29</sup>.

A esta clase de tipos penales WELZEL los ha denominado “abiertos o necesitados de ser completados”, porque la materia de la prohibición no está descrita en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos, y por lo tanto, la realización del tipo no podría indicar la antijuridicidad. En ellos la ley sólo describe una parte de los caracteres del tipo, dejando al juez la labor de completar la otra parte, al indicarle sólo el criterio con arreglo al cual ha de emprender la tarea de complemento<sup>30</sup>. Una disposición penal con estos contornos estaría en contra del principio de determinación, como también de la máxima jurídica que expresa que el Derecho penal no puede incriminar resultados sino sólo aquellas conductas peligrosas capaces de producirlos.

Es evidente que en estos casos el legislador ha utilizado expresiones típicas generales que chocan frontalmente con el mandato de determinación, remitiendo la solución de este problema al momento de la aplicación de la ley. En la práctica legislativa es frecuente que existan irracionalidades en la construcción de las leyes, algunas veces causadas por un error del legislador, pero también es verdad que en otras es una intención calculada por el mismo para lograr ciertos fines. Cuando el legislador busca redactar una ley vaga o ambigua es porque sólo de esta manera puede lograr consenso político para su aprobación, o bien desea desplazar al juez la responsabilidad de dirimir el problema de fondo al ponerse en contacto con las circunstancias del caso concreto. Ante estas situaciones NAVARRO FRÍAS señala que deben erigirse propuestas de *lege ferenda* sobre redacción de preceptos jurídico-penales, no sólo para orientar al legislador sobre el modo de cumplir correctamente sus funciones, sino también para incentivarle en su tarea de buscar la configuración óptima de la ley. De lo contrario, el legislador

<sup>28</sup> WELZEL denominaba “tipos cerrados” a aquellos que describían de modo exhaustivo la materia de prohibición mediante la indicación de las diversas características de la conducta delictiva (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. op. cit. pág. 75).

<sup>29</sup> Señala DÍAZ ARANDA que ante la omisión del legislador, la labor integradora del juez será la de completar el tipo, debiendo en cada caso partir del enriquecimiento del servidor y del uso de la función pública, complementando el tipo al valorar la naturaleza del empleo, cargo o comisión pública, los medios a través de los cuales se incrementó el patrimonio del servidor, la gravedad de la conducta, la intención del servidor y la inaplicabilidad de algunos de los delitos cometidos por los servidores públicos previstos en el código penal (DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. op. cit. pág. 106).

<sup>30</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. op. cit. ídem pág. Así también, ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. op. cit. pág. 6.



será consciente de que cualquier irracionalidad en el momento legislativo se tratará de salvar en el momento aplicativo de la ley<sup>31</sup>.

En la legislación penal latinoamericana esta situación puede observarse en varios tipos penales de enriquecimiento ilícito. Así, el art. 268 (2) del código penal argentino centra su injusto en la no justificación de la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable del funcionario público o de persona interpuesta para disimularlo, sin precisar en el tipo ninguna conducta causante del incremento patrimonial. De la misma forma lo hace el art. 224 del código penal mexicano al considerar que hay enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no puede acreditar la legítima procedencia de sus bienes. El art. 401 del código penal peruano castiga al funcionario público que se enriquece ilícitamente por razón de su cargo sin establecer cuáles son las fuentes del enriquecimiento, que según CARO CORIA, pueden provenir de un sujeto particular o del erario público, y además sostiene que la referencia normativa a que el enriquecimiento se obtenga por razón al cargo público, abre un bagaje de posibilidades de actuación funcional que no son contempladas en el tipo<sup>32</sup>. El art. 241 (bis) del código penal chileno radica el injusto en el incremento patrimonial relevante e injustificado del funcionario público. Al respecto, RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDÓN WIDOW sostienen que en verdad no puede considerarse que la locución “obtener un incremento patrimonial” sea una conducta, porque no alude a un comportamiento humano, sino a un simple dato fáctico. De modo que el incremento patrimonial, más que una conducta, es el resultado de una o varias conductas ejecutadas por el titular del patrimonio, pudiendo ser incluso, el resultado del azar<sup>33</sup>.

La crítica sobre una supuesta indeterminación legal se agrava más en las conductas punibles de enriquecimiento ilícito descritas en los ordenamientos penales argentino, mexicano y chileno, en atención a que sólo estarían centrandó la incriminación en la relación existente entre una persona (el funcionario) y un estado (excesivo patrimonio), sin añadir típicamente ninguna conducta que la genere en el sentido de una acción u omisión, o con otra relacionada directamente con el ejercicio disfuncional del cargo público. Según nuestra opinión, esta técnica legislativa fue asumida por el legislador de estos países probablemente con la intención de alivianar a los órganos de persecución penal la comprobación de los actos con los que el funcionario enriquece su patrimonio, centrándose su dirección probatoria en la sola tenencia de un determinado estado patrimonial. Un tipo penal con estas características, que no especifica cuál es la conducta prohibida u ordenada, encuentra similitud con lo que la doctrina anglo-americana y alemana han denominado “delitos de tenencia o posesión”, que describen expresamente la conducta punible como el tener u ostentar una cosa determinada<sup>34</sup>, que en nuestro caso de estudio es un patrimonio con determinadas características (excesivo e injustificado).

La razón de la penalización de la sola tenencia o posesión de una cosa radica en evitar la prueba de los actos de adquisición de objetos y excluir la objeción de la prescripción de dicha adquisición<sup>35</sup>. Podría darse el caso de un funcionario que haya aumentado su patrimonio gracias a los cuantiosos beneficios obtenidos por un cohecho que al momento de su descubrimiento y persecución penal ya se encontraba prescripto. A pesar de que sería imposible investigar los actos ilícitos que generaron el enriquecimiento, este tipo de incriminaciones no dejaría impune este hecho puesto que su propio plazo de prescripción es mucho más extenso que cualquier otro

<sup>31</sup> NAVARRO FRÍAS, Irene. *Técnica legislativa y Derecho penal*. REPC N° XXX. Año 2010. pág. 229.

<sup>32</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 142.

<sup>33</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis; OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *Delitos contra la función pública*. op. cit. pág. 440.

<sup>34</sup> STRUENSEE, Eberhard. *Los delitos de tenencia*, en: Jakobs, Gunther; Struensee, Eberhard (Coordinadores): *Problemas capitales del Derecho penal moderno*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Año 1998. pág. 107.

<sup>35</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian. *La posesión como hecho punible*. RDPC. 2ª Época. N° 14. Año 2004. pág.162.

delito de corrupción y su punibilidad se fundamenta en la mera posesión de un estado determinado por el legislador en la norma (excesivo patrimonio injustificado). Según nuestra opinión, y de acuerdo a la técnica legislativa adoptada por los legisladores nacionales, las figuras penales referenciadas estarían incriminando la sola posesión de un estado individualizado por un patrimonio excesivo e injustificado, los cuales serían incompatibles con los principios del Derecho penal de acto debido a que todo hecho considerado delito presupone necesariamente la realización una conducta humana (acción u omisión), y ésta debe estar expresa y exhaustivamente determinada en la ley penal con anterioridad al momento en que fuera cometido. Así pues, no resulta extraño que a estos tipos penales de enriquecimiento ilícito se les reproche su contradicción con el principio de determinación, y más aún, cuando el juez debe integrar a la conducta punible elementos objetivos no precisados por el legislador resultantes de la valoración general que realiza de los restantes componentes previstos en el tipo. Por eso JESCHECK rechaza los tipos penales abiertos dado que si el tipo es entendido como tipo de injusto, sólo puede ser concebido de un modo cerrado, porque de lo contrario le faltaría precisamente esa cualidad, afirmando que el tipo debe contener sin excepción la totalidad de los elementos que determinan el injusto de una modalidad delictiva<sup>36</sup>.

No puede dejarse de señalar un caso peculiar que ha sucedido en el Estado Plurinacional de Bolivia. Ante el alarmante estado de impunidad con relación a los delitos contra las funciones públicas y el erario público, este país decidió establecer expresamente en su nueva Constitución Política del Estado de 2009 la retroactividad de las normas penales relacionadas con la corrupción, indicando en el art. 123 lo siguiente: “La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; *en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado*; y en el resto de los casos señalados por la Constitución”. Posteriormente, para complementar la legislación anticorrupción existente, se sancionó en el año 2010 la “Ley de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas”<sup>37</sup>, que además de modificar el código penal declarando la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción<sup>38</sup>, ha creado nuevas figuras penales en la materia siendo una de ellas el enriquecimiento ilícito<sup>39</sup>. Por tanto, el ordenamiento jurídico vigente del citado país permite la retroactividad de la ley penal desfavorable en materia de delitos de corrupción, lo que conlleva a investigar y sancionar actos u omisiones que en el momento de su comisión no constituía delitos.

En base a lo expuesto, puede decirse que el legislador nacional de Bolivia ha puesto fácil la tarea de los miembros de la acción penal pública, pues es mucho más práctico perseguir y castigar retroactivamente con el delito de enriquecimiento ilícito cualquier otro delito de corrupción sin la necesidad de así declararlo (ya que el delito en cuestión no requiere probar el origen ilegal de la fortuna del funcionario), aplicando sencillamente la pena prevista en esta figura penal siempre que se acredite que el sujeto ha experimentado un aumento patrimonial injustificado durante el ejercicio de su cargo. Con una legislación así se corre el riesgo de que el Estado pierda todo interés en castigar el delito efectivamente cometido dado el esfuerzo que supone su averiguación, y se decida a perseguir penalmente por enriquecimiento ilícito en vista a que este delito facilita la condena puesto que solo incrimina un enriquecimiento patrimonial

<sup>36</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 264.

<sup>37</sup> Ley N° 0034 “Marcelo Quiroga Santa Cruz”, de fecha 31 de marzo de 2010.

<sup>38</sup> Art. 34, 4° párrafo: “No procederá la prescripción de la pena, bajo ninguna circunstancia, en delitos de corrupción”.

<sup>39</sup> Art. 27 (Enriquecimiento Ilícito): “La servidora pública o servidor público, que hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos y que no pueda ser justificado, será sancionado con privación de libertad de cinco a diez años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos, multa de doscientos hasta quinientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente”.

injustificado. Al respecto, debemos decir que por más grave que sea la corrupción en un país, es inaceptable este tipo de decisiones legislativas contrarias a la prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable<sup>40</sup> derivada del principio de legalidad. Además, lo más curioso de todo esto, es que el propio Estado boliviano ha ratificado muchos de los tratados internacionales que prohíben la aplicación de la ley penal a hechos cometidos cuando ésta no estaba vigente<sup>41</sup>.

En cuanto al tipo penal de enriquecimiento ilícito previsto en el art. 3.1º, incs. a y b de la Ley N° 2523/04, puede constatarse que el legislador paraguayo no siguió la técnica legislativa adoptada por los países latinoamericanos arriba mencionados y ha tratado de determinar con más precisión las características que fundamentan el injusto de esta figura penal, fijando las modalidades de conducta penalmente relevantes con las cuales el funcionario público consigue incrementar su patrimonio y las circunstancias que hacen considerar ilícito a ese hecho. Esta particularidad que caracteriza a la reforma de la legislación paraguaya sobre enriquecimiento ilícito sin dudas ha sido motivada por el contenido del principio de legalidad previsto en el art. 1 del CPPyo que establece “nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción”, precepto que contiene en su seno el principio de determinación al precisar que los presupuestos de la punibilidad de un hecho delictivo deben hallarse descritos de forma expresa en la ley penal. Este es un mandato dirigido al legislador que le obliga a escoger entre la multitud de acciones u omisiones que pueden ser objeto del juicio de desvalor, aquellas que por ser socialmente perjudiciales y reprobables son merecedoras de pena, debiendo describirlas con exactitud para fijar qué es lo ilícito y hasta dónde la prohibición penal puede limitar la libertad de actuar de un grupo social<sup>42</sup>.

El comportamiento antijurídico del delito en estudio está precisado en dos modalidades de conductas que a su vez están divididas cada una en dos partes: la primera describe las conductas penalmente relevantes con las cuales el funcionario público puede enriquecer su patrimonio, y la segunda establece las circunstancias que convierten en ilícito a ese enriquecimiento patrimonial. Es importante destacar que el legislador ha dejado clara la finalidad de la Ley N° 2523/04 al establecer en el art. 1 que su objeto es tipificar y sancionar el enriquecimiento ilícito en la función pública, como también ha puntualizado el ámbito temporal en el que deben producirse las modalidades de conducta que es durante el tiempo que el funcionario presta servicios en la función pública, independientemente de los cargos que haya tenido (desde el inicio hasta el cede de sus funciones), de acuerdo a lo previsto en el art. 2 del citado cuerpo legal.

La primera parte de las modalidades de conducta punible establece que el enriquecimiento solamente puede concretarse por dos tipos de comportamientos: uno positivo, a través de la obtención de la propiedad, posesión o el usufructo de bienes, derechos o servicios, y

---

<sup>40</sup> Manifiestan BERDUGO y PÉREZ CEPEDA que al ser la prohibición de retroactividad una prohibición garantista, resulta constitucionalmente legítima la retroactividad de las normas penales favorables. Esto es, las leyes que despenalizan una conducta o que reducen la penalidad de la misma (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La aplicación de la ley penal (Lección 4)*, en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coordinador). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*. op. cit. pág. 118).

<sup>41</sup> El Estado Plurinacional de Bolivia ha ratificado en fecha 20 de junio de 1979 la CADH cuyo art. 9 expresa: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve el delincuente se beneficiará de ello”.

<sup>42</sup> WESSELS, Johannes. *Derecho penal. Parte general*. Traducido por Conrado A. Finzi. Editorial Depalma. Buenos Aires. Año 1980. pág. 39.

otro negativo, por medio de la cancelación de deudas u obligaciones<sup>43</sup>. Los términos típicos “haya obtenido la propiedad, posesión o usufructo” y “haya cancelado deudas o extinguido obligaciones” denotan actos realizados por el funcionario público que preceden y provocan el nacimiento de la relación jurídica con los objetos y derechos adquiridos (modalidad positiva) o la extinción de la relación jurídica obligacional a la que está sometido (modalidad negativa), de ahí que se afirme que no tendría problemas el sujeto activo para comprender esta parte del objeto de prohibición porque han sido detallados por elementos descriptivos expresados con términos generales que se refieren a acontecimientos del mundo exterior habitualmente realizados por cualquier ciudadano, motivados por determinados propósitos o resultados, los cuales son perfectamente perceptibles por los sentidos<sup>44</sup>. En ese sentido, manifiesta HART que en los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser automático, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos<sup>45</sup>. Por lo tanto, en la descripción de las formas de comportamiento previstas en la ley que producen el enriquecimiento patrimonial se ha utilizado un lenguaje sencillo, general y accesible a la comprensión de cualquier persona.

En cambio, es más complejo el lenguaje utilizado en la descripción de las circunstancias que convierten en ilícito al enriquecimiento patrimonial, puesto que el legislador ha empleado términos valorativos (normativos)<sup>46</sup> para detallar la segunda parte del objeto de prohibición. Según el tipo penal en estudio la ilicitud del enriquecimiento patrimonial queda determinada cuando su valor “sobrepase las legítimas posibilidades económicas del funcionario público”. Tal como expresan FIANDACA y MUSCO, el legislador ha recurrido a la técnica de la normación sintética en la cual ha usado elementos normativos que se remiten a una fuente distinta al tipo penal como criterio de juicio a ser aplicado<sup>47</sup>, que en este caso son las reglas y principios de las ciencias económicas y financieras, pues lo que se está incriminando con el delito de enriquecimiento ilícito son unos determinados actos económicos que afectan el patrimonio personal del funcionario. Aunque la frase legal “sobrepase sus legítimas posibilidades

<sup>43</sup> Como se ha puntualizado en esta investigación, la cancelación de deudas u obligaciones es una forma de conducta penalmente relevante porque hace conservar la entidad del patrimonio. Si se evita la eventual disminución del patrimonio por la cancelación de una obligación personal contraída, no sólo mantiene el patrimonio ya existente, sino también, es considerado un modo de enriquecerlo. A efectos penales impedir mediante un comportamiento la pérdida del patrimonio que se está por producir ante el cumplimiento de la obligación, constituye una situación que beneficia y enriquece económicamente al funcionario público.

<sup>44</sup> Al respecto, COBO y VIVES manifiestan que los términos típicos, específicamente los descriptivos, usualmente poseen su referencia en un acontecimiento del mundo real, al cual debe recurrirse para su interpretación (COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 331). Para MEZGER los elementos descriptivos se refieren a determinados estados y procesos que constituyen la base de la responsabilidad criminal del agente. Se trata de estados y procesos externos susceptibles de ser perceptibles especial y temporalmente por los sentidos, que son apreciados por el juez mediante una simple actividad de conocimiento (MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*. Tomo I. op. cit. pág. 318).

<sup>45</sup> HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*. Traducido por Genaro R. Carrió. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Año 2009. pág. 158.

<sup>46</sup> URQUIZO OLAECHEA, José. *Principio de determinación de la ley penal*. Op. Cit. Pág. 1354 “Elementos valorativos son aquellos que quedan plenamente en manos del juez penal siendo él quien determina en cada caso los contornos del injusto penal o delimita cuál es la interpretación a seguir sobre las normas generales no claramente delineadas. Los elementos valorativos se nutren de los términos difusos, generales. En realidad, no se encuentran proscritos del Derecho penal, pues resultan indispensables para precisar determinados objetos de regulación. Ellos pueden ser reconducidos a las valoraciones sociales imperantes, según convicciones jurídicas o culturales sumamente extendidas”.

<sup>47</sup> FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 100. En ese sentido expresa BINDER: “Cuando se utilizan elementos valorativos de tipo normativo, la propia ley penal debe expresar la fuente de donde debe extraerse el concepto, ya sea mediante la expresión concreta de la norma que se debe utilizar (por ejemplo, alguna ley comercial o civil) o haciendo una definición en el propio texto” (BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho penal*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 2004. pág. 142).

económicas” llegue a entenderse más o menos en el contexto general en el que se aplica o ejerce, eso no significa que su contenido esté efectivamente determinado y al alcance de los destinatarios de la norma, por lo que requiere ser valorado por el juez para su correcta concreción, en la confianza de que no aplique sus ideas personales, sino los valores éticos-generales imperantes en la sociedad<sup>48</sup>. De acuerdo a la jurisprudencia paraguaya consultada, se pudo observar que los encargados de aplicar la ley penal han utilizado el concepto capacidad o posibilidad económica (entendido como el margen económico de una persona derivado de sus ingresos legales que le resta después de afrontar sus gastos y deudas) como elemento de juicio para determinar a efectos penales cuándo un excesivo enriquecimiento patrimonial experimentado por un funcionario público es lícito y cuando no. Esta tarea interpretativa no puede llevarse a cabo sin la ayuda de las conclusiones aportadas por los profesionales técnico-contables, quienes realizan una comparación entre los ingresos lícitos que obtiene el funcionario público, sus gastos corrientes y otras obligaciones por él asumidas, cuyo resultado indica si el remanente económico es razonable y suficientemente capaz para solventar el valor de los bienes adquiridos o de las deudas u obligaciones extinguidas que provocan el enriquecimiento.

Dada la tendencia de construir tipo penales con la utilización de términos jurídicos cargados de tecnicismos de dudosa comprensión por los ciudadanos, convirtiéndose en un instrumento de inseguridad jurídica por lesionar el principio de determinación, es preciso saber si los criterios extrajurídicos que contiene el concepto “posibilidad económica” y la interpretación que realiza el juzgador sobre el mismo para orientar su aplicación, son lo suficientemente accesibles al funcionario público como para comprender racionalmente en qué casos el enriquecimiento de su patrimonio se considera ilícito según la legislación penal. Para contestar a esta interrogante se debe partir de que todo concepto normativo puede surgir de cualquier parte del ordenamiento jurídico y pueden ser aplicados al Derecho penal sin variar su contenido o algunas veces ajustándose a la naturaleza jurídica propia del área penal, pero esto no significa necesariamente un avasallamiento a la seguridad jurídica de los ciudadanos<sup>49</sup>, siempre y cuando su valoración conceptual y judicial sea realizada de conformidad con los conceptos axiológicos de la sociedad<sup>50</sup>. De esta manera, al Derecho penal le basta una comprensión dentro del ámbito normal del desarrollo de la persona, esto es, de sus procesos de relación convencionales<sup>51</sup>.

En cuanto a esta línea argumentativa, ROBINSON sostiene lo siguiente: “es sin duda cierto que el delincuente potencial no tiene por qué conocer el Derecho en un sentido intelectual para ser influido por él. Incluso las ratas pueden ser disuadidas por la precepción de una amenaza. Reaccionan a las condiciones que experimentan, como cuando al mover la palanca que antes daba comida comienzan a recibir descargas eléctricas. Del mismo modo, puede que el delincuente potencial no sepa nada del Derecho vigente pero que, a través de su propia experiencia o de lo que escucha sobre otras personas, llegue a comprender las condiciones que el Derecho penal establece para la atribución de responsabilidad y la imposición de la pena, quizás incluso de manera subconsciente”<sup>52</sup>.

Si seguimos el pensamiento de CEREZO MIR de que los tipos se forman en virtud de un proceso de abstracción a partir de las acciones de la vida real<sup>53</sup>, es difícil sostener que un ciudadano no tenga por lo menos cierta idea de lo que significa la frase típica “sobrepase sus

<sup>48</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 138; BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho penal*. op. cit. pág. 76.

<sup>49</sup> URQUIZO OLAECHEA, José. *Principio de determinación de la ley penal*. op. cit. pág. 1353.

<sup>50</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 139.

<sup>51</sup> URQUIZO OLAECHEA, José. *Principio de determinación de la ley penal*. op. cit. idém pág.

<sup>52</sup> ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho penal. Quien debe sancionarse y en qué medida*. Traducido por Manuel Cancio e Iñigo Ortiz de Urbina. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2012. pág. 56.

<sup>53</sup> CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte general*. Tomo II. op. cit. pág. 110.

legítimas posibilidades económicas”, puesto que su contenido posee expresiones o términos que se refieren a situaciones que forman parte de su vida y en las que usualmente toma decisiones. Generalmente cualquier persona mayor de edad y capaz (siendo cabeza de familia, estando en pareja o soltero) vive de los ingresos que recibe de su trabajo, y es normal que haga una proyección de la disponibilidad económica que le confiere dichos ingresos para hacer frente tanto a sus gastos corrientes como a las obligaciones que ha asumido con anterioridad, cuyo resultado le indicará si su patrimonio está en condiciones financieras de asumir nuevas obligaciones, de adquirir nuevos bienes o, por ejemplo, de realizar un gasto extraordinario como puede ser el disfrute de un viaje. Con esta idea se quiere matizar que la posibilidad económica –entendida como conocimiento de la disponibilidad de riqueza– es un concepto sobre el que recae un determinado juicio con arreglo a la experiencia<sup>54</sup> que es utilizado usualmente por las personas en el manejo de sus múltiples relaciones jurídico-patrimoniales.

La terminología utilizada por el legislador para establecer la ilicitud del enriquecimiento contiene además dos palabras que complementan al concepto “posibilidades económicas”, que son «legítimas» y «sobrepase». En cuanto a la primera, el legislador ha querido aclarar al funcionario público que sus posibilidades económicas como presupuesto de ilicitud del enriquecimiento, se calculan y determinan en función a sus fuentes legales de renta, es decir, a las remuneraciones que recibe del Estado por el ejercicio del cargo público y a las derivadas de otras actividades siempre que fuesen permitidas por el ordenamiento jurídico y debidamente consignadas en su declaración jurada de bienes y rentas. La segunda requiere que el funcionario público tenga en cuenta la disponibilidad derivada de sus propias posibilidades económicas o las de su grupo familiar antes de realizar cualquier adquisición de bienes o cancelación de deudas u obligaciones, ya que si el valor de éstos sobrepasa de forma excesiva dicho margen económico, el enriquecimiento derivado de dichas transacciones patrimoniales se considerará ilícito a efectos del tipo penal. El simple razonamiento de que una persona sólo puede realizar transacciones económicas de acuerdo a su capacidad de endeudamiento ha sido plasmado en la frase “sobrepase sus legítimas posibilidades económicas”, y con ella el legislador hace conocer el límite hasta dónde puede actuar lícitamente un funcionario público en sus actividades patrimoniales sin comprometer al Derecho penal. Si la materia a ser regulada requiere el recurso al lenguaje técnico o a otra área del Derecho, es indispensable que su referencia quede clara en la ley penal<sup>55</sup>, y en ese sentido, puede decirse que la ilicitud del enriquecimiento ha sido descrita a través de un concepto jurídico que puede concretarse sin complicaciones en fase judicial por medios lógicos y técnicos surgidos de la interpretación de los jueces y de las aportaciones científicas de otras ciencias auxiliares (ciencias económicas y financieras), y asimismo, su alcance no sería de difícil comprensión por sus destinatarios directos (los funcionarios públicos), sino también por cualquier ciudadano<sup>56</sup>, porque como se ha dicho, se basan en actos, juicios de valor y reglas de experiencia que forman parte de la vida cotidiana y que se hallan fuertemente consolidados en la cultura social.

De todo lo expuesto, se concluye que las conductas punibles de enriquecimiento ilícito dispuestas en el art. 3.1º. incs. a y b de la Ley N° 2523/04, deducen claramente el fin perseguido

<sup>54</sup> Afirma MEZGER que en los elementos normativos el juez no puede atenerse a la simple descripción que hace la ley, sino que debe efectuar un juicio ulterior relacionado con la situación de hecho con arreglo a los conocimientos generales que ofrece la experiencia y a los conocimientos que ésta proporciona (MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*. op. cit. pág. 321; El mismo, *Derecho penal. Parte general*. 6ª Edición. Traducido por Conrado A. Finzi y Ricardo Núñez. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. Año 1958. pág. 147).

<sup>55</sup> BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho penal*. op. cit. pág. 133.

<sup>56</sup> Si bien el delito de enriquecimiento ilícito es un delito especial cuyo autor es un funcionario público, su tipo penal debe permitir una comprensión razonable del comportamiento antijurídico que sea entendido no sólo por los destinatarios directos, sino también a cualquier persona, en vista a que sujetos particulares pueden obrar como cómplices. De ahí que el delito deba contener una descripción típica capaz de motivar la evitación del comportamiento prohibido a cualquier ciudadano.

por el legislador y se encuentran descritas con una técnica legislativa, que si bien posee conceptos normativos, son asequibles a un nivel cultural general que permite reconocer no sólo al funcionario público, sino también a cualquier ciudadano lo que está prohibido en dicha ley. Desde nuestra perspectiva, el tipo penal en estudio tiene la ventaja de comunicar el contenido de la conducta punible de un modo más concreto y claro que los tipos de enriquecimiento ilícito previstos en las legislaciones penales latinoamericanas que han sido señalados en este apartado, por lo que se encuentra más acorde con el principio de determinación legal.

## 2.2. Con relación al principio de lesividad u ofensividad.

En un Estado Democrático y Social de Derecho, el Derecho penal tiene como fin y fundamento la protección de bienes jurídicos que no son otra cosa que los intereses vitales imprescindibles para la convivencia de las personas en comunidad y que por ello deben ser protegidos a través de la coacción estatal mediante el recurso de la pena pública<sup>57</sup>. Como intereses jurídicamente protegidos del individuo o la comunidad denominó VON LISZT a los bienes jurídicos, afirmando que el ordenamiento jurídico no crea los intereses, sino la vida y las relaciones sociales, pero asimismo advirtió que es el Derecho quien eleva dicho interés a la categoría de bien jurídico. Éste (el Derecho) es el que decide entre los intereses sociales cuáles deben convertirse en bienes jurídicos<sup>58</sup>. La preservación de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos encuentra su motivo en que poseen una importancia fundamental en el desenvolvimiento de las condiciones necesarias que hacen posible la vida de los individuos y la coexistencia del sistema social. En ese sentido, no se pone en duda que la función pública es un bien jurídico merecedor de tutela por parte del Derecho penal en atención a las distintas actividades y servicios que presta a los ciudadanos y al mantenimiento del Estado Social de Derecho, como instrumento dirigido a la satisfacción de los intereses generales.

En el apartado anterior hemos señalado que el principio de legalidad es una exigencia necesaria a la que el Estado debe someterse cuando decide establecer en la ley las conductas delictivas y sus respectivas consecuencias jurídicas, pero éste no es el único límite material que entra en juego en la tarea incriminatoria del legislador ya que el principio de lesividad u ofensividad impide la creación de leyes penales que castigan conductas que en absoluto lesionen o pongan en peligro a un bien jurídico determinado<sup>59</sup>. Es decir, de nada sirve que un hecho punible presente un comportamiento formalmente descrito si no resulta un claro menoscabo al bien jurídico protegido por la norma correspondiente. El bien jurídico se concibe como un instrumento correctivo decisivo de la política criminal<sup>60</sup>, puesto que ofrece al legislador un criterio plausible y útil para tomar sus decisiones, y al mismo tiempo desarrolla un parámetro de valoración externo para determinar si esa decisión legislativa es justa. De esta manera, el bien jurídico constituye un concepto crítico hacia el sistema jurídico-penal que permite medir el grado de relación que existe entre los objetos de protección y las conductas previstas en el ordenamiento jurídico positivado.

La protección de la función pública ante los graves comportamientos disfuncionales de los servidores públicos realizados con el fin de enriquecerse personalmente ha sido encomendada a los comúnmente denominados “delitos de corrupción”, en los cuales se ha utilizado para su incriminación el empleo de la técnica de los delitos de peligro abstracto pues al ser el bien

<sup>57</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 8.

<sup>58</sup> VON LISTZ, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Tomo II. op. cit. pág. 6; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 129.

<sup>59</sup> ROXIN, Claus. *Problemas básicos del Derecho penal*. op. cit. pág. 23.

<sup>60</sup> En ese sentido afirma JESCHECK que la antijuridicidad material es un punto de orientación del legislador en la elaboración de los tipos penales, y además, es el pensamiento director de los órganos de persecución cuando buscan la disposición penal aplicable en el caso concreto (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 251).

jurídico protegido un interés supraindividual, el menoscabo de su sustrato inmaterial es difícilmente posible. En esta clase de delitos la afectación del bien jurídico no requiere su efectiva lesión o puesta en peligro concreto (ya que su sustrato inmaterial impediría dicho resultado), sino sólo la constatación de una conducta cuya peligrosidad envuelva una situación de riesgo no permitido. En este contexto, el legislador ha tipificado el tipo penal de enriquecimiento ilícito bajo el argumento de que si un funcionario público enriquece excesivamente su patrimonio por encima de sus legítimas posibilidades económicas estaría provocando una situación de riesgo intolerable que pone en peligro el buen funcionamiento de la función pública. En otras palabras, la estructura de este delito se compone de comportamientos que producen un efecto (el enriquecimiento patrimonial) que no podría efectivamente destruir o menoscabar el interés tutelado por ser un bien jurídico supraindividual, pero que sí puede afectarlo por su puesta en peligro (potencial, no concreto).

Nadie puede discutir la incidencia negativa que generan los incrementos patrimoniales injustificados dentro de la función pública, existiendo situaciones van desde la desigualdad material entre sus miembros (afecta a toda la organización funcional que uno de sus miembros consiga ventajas económicas que son imposibles de obtener para cualquier otro en las mismas condiciones, posición y cargo), hasta la descalificación social por parte de los ciudadanos que consideran a estas sospechosas situaciones patrimoniales indicios de la comisión de algún hecho punible relacionado con el abuso de un cargo público. Sin embargo, desde la máxima *nullum crimen sine iniuria* que se desprende del principio de prevención dispuesto en el art. 3 del CPPyo<sup>61</sup>, es necesario corroborar si los comportamientos punibles descritos en el tipo penal de enriquecimiento ilícito realmente pueden producir una situación de riesgo que llegue a afectar de forma grave el objeto de tutela de cara al principio de fragmentariedad, valoración que nos indicará su efectividad como medio de protección de la función pública o si solo es una simple figura simbólica incardinada en la lucha contra la corrupción pública.

Con acierto OLAIZOLA NOGALES manifiesta que la tutela de la función pública no significa proteger los entes públicos en sí mismo, sino precisamente preservar sus funciones y sus cometidos valiosos para la organización social<sup>62</sup>, que en un Estado Social y Democrático de Derecho no son otros que la realización de las actividades y servicios que son puestos en beneficio de los ciudadanos para la satisfacción de sus necesidades elementales. Todo delito que se crea para proteger este interés digno de tutela deberá tener por fin amparar el carácter dinámico-funcional de la organización funcional, describiendo conductas que sean idóneas para perjudicar gravemente el correcto funcionamiento de las prestaciones que realizan los entes estatales para la autorrealización personal de los individuos y de los demás miembros de la sociedad. Esto quiere decir que de acuerdo al principio de lesividad –que exige una ofensa consecuente con la conducta típica–, todo delito previsto dentro del Capítulo III, Título VIII del CPPyo (hechos punibles contra el ejercicio de las funciones públicas) sólo quedará justificado y legitimado si describe una conducta objetivamente peligrosa capaz de producir una afectación al bien jurídico que tutela<sup>63</sup>, pues como dice MIR PUIG, el delito ha de ser siempre un hecho dañoso o peligroso para un bien jurídico, lo que supone una valoración negativa de la realidad que ello implica.

<sup>61</sup> Art. 3 del CPPyo: “Las sanciones penales tendrán por objeto la protección de los bienes jurídicos y la readaptación del autor a una vida sin delinquir”.

<sup>62</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de Cohecho*. op. cit. pág. 88.

<sup>63</sup> Al respecto DIEZ RIPOLLÉS afirma que el principio de lesividad ha marcado históricamente el paso de una antijuridicidad meramente formal a otra material que se suele plasmar en la idea de la dañosidad social, y este principio plantea dos exigencias fundamentales a la hora de incriminar una conducta: debe tratarse de un comportamiento que afecte a las necesidades del sistema social en su conjunto, superando por tanto el mero conflicto entre autor y víctima, y además, sus consecuencias deben poder ser constatadas en la realidad social, lo que implica la accesibilidad a su valoración por las ciencias empírico-sociales (DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Política criminal y Derecho penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2004. pág. 20).



En el caso que nos ocupa, puede observarse que en el delito de enriquecimiento ilícito el legislador ha castigado con pena actos jurídico-patrimoniales que son realizados por un funcionario público (adquisición de bienes y servicios o cancelación de deudas u obligaciones) dentro de su ámbito de actuación privada que no tienen ningún tipo de relación de ofensividad con el cargo público, permaneciendo su desvalor totalmente desvinculado a un abuso o ejercicio desviado de sus deberes y obligaciones legales, puesto que el injusto se centra exclusivamente en el mero incremento del patrimonio del funcionario público que no guarda relación con las legítimas posibilidades económicas que le confieren sus ingresos legales. Esta técnica de tipificación es un contrasentido desde el punto de vista de los delitos contra las funciones públicas, porque en esta clase de delitos el bien jurídico se proyecta en el cargo público, hacia la corrección de su ejercicio frente a las irregularidades, extralimitaciones o perturbaciones protagonizadas por sus titulares, siendo el denominador común de la estructura de sus injustos una actividad disfuncional del cargo público (que puede corresponder a un abuso de autoridad, de una posición privilegiada o de los recursos materiales o económicos proporcionados por el ejercicio de un cargo público)<sup>64</sup>, de ahí que unos actos económicos que sólo tienen efectos en la esfera patrimonial privada de un funcionario no pueden considerarse una verdadera forma de ataque a la función pública. Es más, del art. 1 de la Ley N° 2523/04 se desprende claramente que la pretensión del legislador es evitar que las personas que prestan servicios en la función pública se enriquezcan ilícitamente, pero lo hace castigando unas conductas tras las cuales no se vislumbra ninguna afectación a un bien jurídico en concreto.

Es importante destacar que los denominados delitos de corrupción castigan la utilización indebida o deshonesta del cargo para la obtención de un beneficio extrapatrimonial, por lo que es imprescindible en estos casos la comprobación de un nexo de causalidad entre estas dos circunstancias. Este abuso consistirá una desviación de los deberes funcionales del servidor público y constituye un elemento necesario para que se configure el acto corrupción, pero además permite que el Derecho penal no sancione cualquier enriquecimiento sino aquel que se obtiene a través de actos realizados en violación de la ley. En ese sentido, menciona CASTRO CUENCA: “lo cierto es que al legislador no le interesa que el sujeto se enriquezca, sino que lo haga abusando de la función pública”<sup>65</sup>.

Aunque el delito de enriquecimiento ilícito solo castiga el excesivo incremento patrimonial de un funcionario público sin que sea necesaria la acreditación de un acto de corrupción, pareciese que el legislador al no saber con certeza si el sujeto ha vulnerado el bien jurídico, entiende que las conductas de enriquecimiento generan un peligro presunto que tal como está configurada esta figura penal es contra reo, pues si el autor no logra acreditar el origen lícito de su patrimonio la presunción operaría en su perjuicio. Pero si los delitos de funcionario protegen el correcto funcionamiento de las prestaciones que las instituciones públicas ofrecen a los ciudadanos es claro que deben incriminarse comportamientos que sean capaces de dificultar su realización, de ahí que sea fácil precisar que las conductas descritas en el delito de enriquecimiento ilícito no pueden considerarse peligrosas -ni siquiera de forma abstracta- ya que es imposible pensar que el mero hecho de que el funcionario público enriquezca excesivamente su patrimonio constituya una forma idónea de ataque a las condiciones de funcionamiento de la función pública. De esta manera, al ser estas conductas acciones privadas del sujeto activo que no trascienden negativamente en los deberes de su cargo, como tampoco afectan el correcto desenvolvimiento de los servicios que reciben los ciudadanos, se puede afirmar que el delito de enriquecimiento ilícito carece de capacidad para proteger la

<sup>64</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *El consentimiento del ofendido en los delitos contra la administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos del cargo)*. REPC N° XXXII. Año 2000. pág.352.

<sup>65</sup> CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. *Corrupción y delitos contra la administración pública*. op. cit. págs.506 y 511.

función pública, resultado un mecanismo meramente simbólico<sup>66</sup>. Además existe otra consideración a ser valorada. Hemos afirmado en esta investigación el carácter subsidiario del delito de enriquecimiento ilícito, es decir, se aplica cuando no se pueden probar los presuntos actos de corrupción que originarían el incremento patrimonial del funcionario público, por lo que desde ese punto de vista VIDALES RODRÍGUEZ sostiene que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico ya se habría producido con anterioridad a la obtención de los bienes, y en consecuencia, la sanción penal del mero enriquecimiento nada añade a la afectación sufrida<sup>67</sup>.

En este orden de ideas, se vuelve a insistir que un delito que centra su injusto en un enriquecimiento patrimonial injustificado que coincide temporalmente con el ejercicio de las funciones públicas es incapaz de vulnerar el bien jurídico tutelado si además no se cuenta con un criterio claro de atribución a un mal desempeño del cargo público<sup>68</sup>, incluso puede llegarse al absurdo de considerar típicos enriquecimientos patrimoniales derivados de conductas delictivas realizadas por un funcionario fuera de su horario de trabajo que no guardan relación con el empleo público. En ese sentido, hemos mencionado el ejemplo del funcionario que por las mañanas presta servicios en una institución pública y por las tardes participa como miembro de un grupo criminal dedicado a cometer delitos contra la propiedad (hurtos, robos, etc.), de los que recibe beneficios ilícitos que aumentan su patrimonio personal. Consecuente con ello, BINDING señala que cualquier detentador de poder (refiriéndose a los funcionarios) puede abusar de su posición de fuerza fáctica para la comisión de acciones antijurídicas fuera de su círculo profesional oficial; sin embargo, en estos casos faltaría la vinculación entre delito y función, cuya relación con la persona de un funcionario únicamente permite al legislador penal tomar especial noticia de este delito<sup>69</sup>.

En los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas se perfilan algunas figuras penales en las que un funcionario público se desvía del correcto ejercicio de sus funciones para obtener un beneficio patrimonial como es el caso del cohecho o de las exacciones ilegales, pero también existen otras cuya consumación no tienen por fin la ilegítima realización de intereses privados bajo la forma de ventajas o perjuicios. Tal es el caso de la prevaricación, las lesiones corporales en el ejercicio de funciones públicas o la revelación de secretos de servicios. En general, la verdadera razón de la punibilidad de estos delitos descansa en la disposición de quienes tienen la capacidad de atacar a la función pública desde adentro, teniendo como denominador común un quebrantamiento grave de los deberes que conforman el rol o posición especial que ostenta el sujeto activo. El quebrantamiento debe ser de tal magnitud que ponga en grave peligro los fines constitucionales y legalmente asignados a las entidades públicas, situación perturbadora que se concreta cuando se obstaculiza el correcto desenvolvimiento de los servicios prestados por ellas, siempre desde la perspectiva de los ciudadanos<sup>70</sup>. Por ejemplo,

<sup>66</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Derecho penal y constitución (Lección 3)*, en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coordinador). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*. op. cit. pág. 91 “La capacidad de protección penal hace referencia a la eficacia de la intervención. Con esta exigencia se trata de evitar el recurso al Derecho penal para la resolución de un conflicto cuando este instrumento de control social se ha demostrado ineficaz e inidóneo para tal fin, y que, por eso, cuando pretenden intervenir en ellos, se acaba convirtiendo en expresión, una vez de un mecanismo de control meramente simbólico, sin posibilidades reales de aplicación o de imposición coactiva, otras veces en un auténtico Código de conciencia”.

<sup>67</sup> Vid: Capítulo VI, cita N° 55.

<sup>68</sup> En ese sentido, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS sostiene que los delitos de los funcionarios públicos deben considerarse como delitos funcionales stricto sensu, esto es, consistentes en el mal ejercicio de una función (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *Los delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 344).

<sup>69</sup> BINDING citado por VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *El consentimiento del ofendido en los delitos contra la administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos del cargo)*. op. cit. idem pag. cita N° 37.

<sup>70</sup> De la Mata Barranco, Norberto J. *¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?* op. cit. pág. 247. Al respecto sostiene VÁZQUEZ-PORTOMEÑE que en la figura del ciudadano permite identificar a los receptores del

cuando un funcionario público solicita o acepta una dádiva como contraprestación de un acto u omisión relativos al ejercicio del cargo (que de acuerdo a las distintas legislaciones penales puede ser un acto propio del cargo, un acto injusto o un acto ilícito constitutivo de otro delito), infringe sus deberes de imparcialidad ya que se sitúa en una posición parcial con respecto a la futura decisión sobre un acto de su cargo.

Para DE LA MATA la idea de imparcialidad es una condición esencial para el correcto funcionamiento de la actividad pública, que se entiende como la ausencia de interferencia en la toma de decisiones públicas o como deber de los poderes públicos de obrar con neutralidad y objetividad respecto a los intereses privados, que garantiza ausencia de arbitrariedad y desigualdad de tratamiento entre los sujetos destinatarios de los servicios proporcionados por los poderes públicos<sup>71</sup>. En base a ello, es claro que la posición parcial adoptada por el funcionario público conculca el buen y correcto ejercicio de las funciones públicas porque vulnera el derecho que tienen todos los ciudadanos de obtener las prestaciones públicas en condiciones de igualdad<sup>72</sup>. Lo mismo sucede con la prevaricación, cuando un juez u otro funcionario que tiene a su cargo la decisión de un asunto jurídico, resuelve injustamente perjudicando o favoreciendo a una de las partes, despreciando la solución más ajustada a derecho por una actuación caprichosa y sin fundamento (extremo que debe valorarse de acuerdo a consideraciones materiales de cada caso en concreto). En este caso, el funcionario público infringe el deber de objetividad que incumbe a toda función jurisdiccional<sup>73</sup>, lo que provoca un incorrecto ejercicio de las funciones públicas al conculcar las expectativas de toda persona a recibir una solución a sus respectivos conflictos de manera objetiva, imparcial y ajustada a derecho.

Lo expuesto nos demuestra que los citados delitos castigan conductas disfuncionales que imposibilitan la realización de los fines consignados a los poderes públicos, afección que a su vez repercute negativamente en los ciudadanos. Sin embargo, no puede decirse lo mismo del delito de enriquecimiento ilícito ante la dificultad de concretar cuál es el peligro que generan los comportamientos que incrimina para la función pública, pues su punición se define e interpreta sobre la base de actividades claramente privadas del funcionario público, que en nada puede alterar la relación de igualdad y de derecho que debe existir entre los servicios que presta el Estado y los ciudadanos que son sus beneficiarios. Es sumamente cuestionable el razonamiento a que ha llegado el legislador de que la función pública queda perjudicada con conductas realizadas por funcionarios que no tienen conexión alguna con un ejercicio incorrecto de las funciones públicas<sup>74</sup>. Este perfil presenta el delito de enriquecimiento ilícito dado que su reproche se sustenta en la obtención de ventajas económicas que el funcionario no tiene derecho

---

perjuicio esencial de todos y cada uno de los modelos de delincuencia contra la administración pública. Con vistas a justificar la naturaleza del Derecho penal de la función pública como medio de control social orientado al individuo, el intérprete deberá interesarse por aquel componente del concepto de institución que le permite dar cuenta de su actividad y finalidades, y evaluar sus repercusiones sobre el ámbito vital de los ciudadanos. Así, los delitos del cargo se relevan como medios de aseguramiento de ciertos procedimientos de actuación funcional, es decir, de aquellos que, habiéndose sometidos a un constante peligro de infracción, repercuten directa o indirectamente sobre derechos e intereses individuales (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *El consentimiento del ofendido en los delitos contra la administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos del cargo)*. op. cit. pág.375. Comparte esta postura, VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho*. REPC N° XVIII. Año 1995. pág. 355.

<sup>71</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?* op. cit. pág.251.

<sup>72</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho*. op. cit. pág. 360.

<sup>73</sup> MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal*. op. cit. pág. 42.

<sup>74</sup> Esta postura es compartida por DE LA MATA BARRANCO, quien cuestiona que la administración pública (en cualquiera de sus facetas) pueda verse perjudicada por conductas de recepción de regalos que son descritas en la modalidad de cohecho impropio, que no tienen vínculo alguno con la ejecución de un acto que produzca un anormal funcionamiento de dicha entidad estatal (DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?* op. cit. pág. 254).

a percibir por no derivar de fuentes lícitas, y por consiguiente, carece de un contenido material que satisfaga las exigencias de ofensividad, y mucho menos para condicionar los fines de una determinada institución pública que derive en un perjuicio directo o indirecto a los ciudadanos. Por lo tanto, puede afirmarse que un rasgo que caracteriza a esta figura penal es que criminaliza comportamientos lejanos a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que protege.

No obstante, es frecuente que ciertos países incriminen formulaciones típicas que cada vez más se alejan de un verdadero perjuicio al bien jurídico, con la finalidad de sortear dificultades de interpretación y prueba. Por ejemplo, la política criminal europea ha dado muestras de seguir la ya habitual tendencia de hipertrofiar el Derecho penal de los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas, modificando los elementos de los tipos de agresión corruptos (ampliando el ámbito de aplicación de los delitos), procediendo a sancionar formas de comportamiento que no son en absoluto criminal o no tienen ya un carácter de corrupción. En ese sentido, KINDHÄUSER indica que el legislador alemán ha introducido en las modalidades de cohecho, la particularidad de que la ventaja no necesita estar referida a una determinada actuación funcional, sino solamente al ejercicio de funciones en general, pues a menudo resulta difícil demostrar a qué actuación funcional exactamente está referida la ventaja en el caso concreto. Así, hacer llegar dinero a un funcionario público en principio sin indicación de un fin concreto (para mantenerlo así dependiente y tenerlo disponible para futuras actuaciones funcionariales), abarcaría el ámbito de punibilidad de este delito<sup>75</sup>.

Igualmente en Italia la jurisprudencia ha interpretado que la recepción de dinero separada de un preciso acto de oficio podría constituir corrupción punible, porque en cualquier caso es idónea para poner en peligro el buen funcionamiento de la administración pública. Al respecto sostiene MANES que una interpretación con estos contornos, demasiado distante de una concreta ofensividad, comporta una regresión de la tutela por apoyarse en una simple venalidad del cargo. Este autor rechaza la opción político criminal que ha sido difundida en recientes convenciones internacionales y en propuestas de leyes italianas de eliminar el requisito del “acto de oficio” como elemento de la tipicidad, ya que el bien jurídico se tutela en consideración a la perspectiva dinámica de su concreto ejercicio<sup>76</sup>.

Según nuestra opinión, el injusto del delito de enriquecimiento ilícito estaría encaminado más bien a proteger aspectos inmateriales desligados del planteamiento objetivo de los demás ilícitos de su clase, tales como el prestigio, el decoro y la imagen de la función pública, como también la confianza que los ciudadanos tienen en ella y en sus miembros. Si un funcionario público enriquece su patrimonio de forma injustificada con bienes cuyo valor no guardan relación con sus legítimas posibilidades económicas, es lógico que surja la sospecha de que dicha mejora económica haya podido ser consecuencia de actos ilícitos cometidos durante el ejercicio de su cargo, ya que si se descarta su obtención por medio de sus ingresos legítimos, lo único que viene a la mente de cualquier persona racional es que han sido conseguidos de un modo contrario a los permitidos por el ordenamiento jurídico. Esta situación produce un efecto negativo en la sociedad, no solamente hacia la persona del funcionario público sino también en la organización pública de la que forma parte. Como respuesta, se ha querido salvaguardar el prestigio de los poderes públicos y de sus funciones, creando una figura penal cuyo fin es motivar a los funcionarios (por medio de la pena que trae aparejada) a llevar un patrimonio transparente y a ejercer su cargo de un modo moralmente intachable durante el tiempo que permanezca en la función pública. En otras palabras, se estaría utilizando al Derecho penal para fortalecer y proteger principios éticos que debe ostentar todo funcionario público por el hecho

<sup>75</sup> KINDHÄUSER, Urs. *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el código penal alemán*. op. cit. págs. 2 y 3.

<sup>76</sup> MANES, Vittorio. *Bien jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública*. RECPC 02-01. Año2000.

de serlo. De este modo, el fundamento de la antijuridicidad no radicaría en la lesión o puesta en peligro de su objeto de protección, sino en la realización de una conducta que constituye la materialización de una persona deshonesto, infiel o traidora a los intereses públicos<sup>77</sup>.

Lo arriba afirmado se corrobora en la postura asumida en algunos fallos emitidos por los tribunales paraguayos sobre la determinación del bien jurídico protegido por el delito de enriquecimiento ilícito. Así, en la AyS N° 40 de fecha 14 de julio de 2009 dictado por el TAC 3ª Sala, se ha determinado que el bien jurídico protegido es la honradez y la probidad de los sujetos públicos, como garantía de su independencia e imparcialidad en el cumplimiento de sus deberes<sup>78</sup>. La SDTS N° 315 de fecha 14 de octubre de 2008 ha establecido que el bien jurídico tutelado es el correcto y honesto comportamiento del funcionario público, como también la credibilidad de las personas en la función pública. Se puede observar que el primer fallo judicial establece como elementos básicos de la delimitación del bien jurídico a la honradez y probidad de los funcionarios públicos, y en el segundo fallo se alude no sólo al mencionado criterio, sino también a la credibilidad de los ciudadanos en la función pública. El denominador común de estas posturas judiciales es la repercusión que tiene la conducta del funcionario público en la opinión pública, por lo que según este criterio, la confianza de los ciudadanos, la honradez y probidad de los servidores públicos serían valores que pertenecen a la función pública que deben ser garantizados y protegidos a través del delito de enriquecimiento ilícito. La razón de la elección de tales planeamientos como criterios de delimitación del bien jurídico radicaría en la incapacidad material que tienen las conductas típicas descritas en el delito de enriquecimiento ilícito para producir una afectación al correcto y buen funcionamiento de las funciones públicas, de ahí que los jueces hayan tenido que idear un criterio centrado en la confianza o credibilidad de la generalidad de los ciudadanos en la función pública que sí puede entenderse perturbado cuando un funcionario público incrementa excesiva e injustificadamente su patrimonio por encima de sus legítimas posibilidades económicas.

No se discute que los enriquecimientos excesivos de los miembros de la función pública puedan producir perjuicios sociales y situaciones de desigualdad, pero para la existencia de un delito contra el ejercicio de las funciones públicas se necesita la vulneración de un bien jurídico representado por la exigencia constitucional de un interés general<sup>79</sup>, la cual se centra en el buen y correcto funcionamiento de la relación de servicio que realiza la función pública a los ciudadanos tal como exige el art.101 de la CNP al expresar que *los funcionarios y empleados públicos están al servicio del país*. En base a esa perspectiva, es claro que el concepto de buen funcionamiento no se identifica con el prestigio, la imagen o confianza que tienen los ciudadanos en la función pública, sino en la eficacia en la prestación de las actividades y servicios que satisfacen las necesidades públicas.

Resumiendo estas ideas puede afirmarse que el criterio aludido no puede ser aceptado como ámbito del bien jurídico a ser tutelado por dos motivos sencillos: en primer lugar, aspectos como el prestigio, la honradez o la confianza pecan de ser inidóneos como fundamento legitimador de un delito contra la función pública, porque no se puede decir que a través de ellos

<sup>77</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho*. op. cit. pág. 323.

<sup>78</sup> Esta postura es asumida mayoritariamente en la jurisprudencia argentina sobre el delito de enriquecimiento ilícito, por ejemplo, la sentencia de fecha 09 de junio de 2005 de la Sala IV de la Cámara de Casación Penal ha entendido que este delito protege la imagen de transparencia y probidad de la administración y de quienes la encarnan. Bien jurídico que se lesiona, justamente, mediante el enriquecimiento apreciable e injustificado del funcionario público durante la vigencia de la relación funcional o laboral que constituye la acción típica.

<sup>79</sup> PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*. op. cit. pág. 57.

se alcance un ejercicio impecable y correcto de la misma<sup>80</sup>; y en segundo lugar, es cierto que el prestigio o la confianza que tienen los ciudadanos en las instituciones públicas son valores que forman parte de la función pública, siendo pautas por las cuales la sociedad recepciona de mayor o menor manera sus decisiones, pero éstos no pueden considerarse objeto de protección penal porque parten de concepciones vagas y abstractas que no representan un criterio auténtico de antijuridicidad material, y además, no son compatibles con el modelo de función pública establecido en la Constitución. En esta dirección reflexiona DE LA MATA al manifestar que por muy consolidada que esté la confianza que se tiene en el desarrollo de una institución, el correcto funcionamiento de ésta no puede hacerse depender de la misma, de igual manera que el desconocimiento de la existencia de un delito no garantiza su ausencia. La administración no puede afirmarse que funciona o no conforme a los parámetros constitucionales que legitiman su existencia por el hecho de que el grado de confianza en ella sea mayor o menor, lo que depende de variables tan lejanas a lo que ha de ser la delimitación de un bien jurídico concreto<sup>81</sup>.

El delito de enriquecimiento ilícito es un claro ejemplo de la tendencia seguida por el Derecho penal contemporáneo de desplazar la genuina función garantista del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos en favor de la criminalización de hechos que no inciden en bienes esenciales para el individuo y la sociedad, lo que sólo conduce a la devaluación y desprestigio de la ley penal<sup>82</sup>. Por tanto, partiendo de la base de que toda norma penal sólo puede tener por objeto bienes jurídicos, estimamos que la racional evaluación de la afectación al bien jurídico, es decir, su ataque (lesión o puesta en peligro), debe presidir la confección del tipo en la norma penal.

No es nuevo ni extraño que el legislador tenga que recurrir al instrumento penal de un modo más simbólico que efectivo para dar respuesta al problema de la creciente delincuencia en el ámbito de la función pública, muchas veces para disminuir las reacciones emocionales y preocupaciones de la ciudadanía ante sucesos que producen alarma o inquietud social (como el producido por la corrupción pública). Esto ha dado pie a la promulgación de normas penales carentes de legitimación, destacándose entre ellas el delito de enriquecimiento ilícito en cuanto que su configuración típica no es capaz si quiera de afectar al bien jurídico que pretende proteger, por lo que su aplicación es casi imposible o, en todo caso, requiere de interpretaciones de dudosa fundamentación que pondrán en una situación incómoda a todo juez o tribunal que se considere respetuoso de las garantías penales<sup>83</sup>. En conclusión, desde nuestro punto de vista el tipo penal de enriquecimiento ilícito no se ajusta a lo que demanda el principio de ofensividad o lesividad penal.

### 2.3. Con relación al principio de proporcionalidad.

En el apartado anterior hemos dejado en claro nuestra postura de que las conductas descritas en el delito de enriquecimiento ilícito carecen de la idoneidad suficiente para crear un peligro al bien jurídico, de ahí que desde el principio de ofensividad se cuestione la legitimidad de esta figura penal y su pena. La proporcionalidad es otro principio penal sustantivo que estaría en pugna con la estructura del tipo penal del delito de enriquecimiento ilícito, que al tener una estrecha relación con el principio de ofensividad, reclama que la pena determinada abstractamente se encuentre en relación con la gravedad del hecho, y esto último es justamente lo que no presentan las conductas incriminadas. Es decir, se da el absurdo de establecer un

<sup>80</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *El consentimiento del ofendido en los delitos contra la administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos del cargo)*. op. cit. pág. 354.

<sup>81</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?* op. cit. pág. 255.

<sup>82</sup> En ese sentido, Vid: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Derecho penal. Concepto y funciones (Lección 1)*, en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coordinador). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*. op. cit. pág. 28.

<sup>83</sup> DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Política criminal y Derecho penal*. op. cit. pág. 49.

marco penal sumamente amplio (de uno a diez años de pena privativa de libertad) para evitar conductas que ni siquiera pueden considerarse graves.

Sin embargo, la mayoría de los legisladores latinoamericanos, inclusive el paraguay, han decidido tipificar el delito de enriquecimiento ilícito bajo el argumento de que esta figura penal incrimina conductas que ponen en peligro el correcto funcionamiento de la función pública (y así también otros aspectos inmateriales como su honradez, transparencia y prestigio), y en consecuencia, han establecido a las mismas una pena principal privativa de libertad que en muchos casos es excesivamente gravosa. En base a esta perspectiva, este apartado examinará mediante abstracción la racionalidad de la pena privativa de libertad dispuesta por el legislador paraguayo en el delito de enriquecimiento ilícito con respecto a las conductas incriminadas y la importancia del bien que se intenta proteger. Este análisis no comprenderá las consecuencias jurídico-penales accesorias contempladas para este delito, que son la pena complementaria patrimonial y la pena de inhabilitación, en razón a que la primera no es una pena excepcionalmente establecida para el enriquecimiento ilícito, siendo usualmente prevista en otros delitos de funcionario público como es el caso del delito de cohecho pasivo agravado; y la segunda, en atención a que no debería ser aplicada por no estar incluida en la clasificación de penas prevista en el art. 37 del CPPyo<sup>84</sup>.

El principio de proporcionalidad opera como límite al *ius puniendi* estatal que se deriva del Estado Social y Democrático de Derecho, aún cuando ésta no suele proclamarse expresamente en las constituciones actuales<sup>85</sup>. Su origen proviene de las ideas ilustradas y se dirige al legislador a la hora de fijar la pena de un delito, exigiendo el establecimiento de una relación proporcionada entre la gravedad de la pena y la gravedad del hecho antijurídico, que implica la obligación de ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica<sup>86</sup>. Para FERRAJOLI este principio se refiere más bien al cómo se debe castigar, que en otras palabras significa, en qué deben consistir los males penales y en qué forma y medida se justifican<sup>87</sup>. Como principio que deriva de muchas normas constitucionales, su destinatario no sólo es el legislador en su función legislativa de sancionar leyes penales, sino también lo son todos los poderes públicos en cualquiera de sus actividades: el gobierno y la función pública en sus funciones ejecutivas y normativas, los tribunales de justicia en su función de interpretación y aplicación del derecho. En suma, todos están sometidos al principio de proporcionalidad que, consiguientemente, constituye uno de los criterios de actuación y de control que mayor proyección tiene en el ordenamiento jurídico<sup>88</sup>.

La proporcionalidad se materializa tanto en abstracto como en concreto, es decir, en la relación que debe existir entre la gravedad del delito y la pena que de forma general se conmina en la ley (abstracto), como en la relación entre la pena exacta impuesta al autor y la gravedad del hecho concreto cometido (concreto). El CPPyo se refiere expresamente a la proporcionalidad en concreto que se proyecta en la determinación judicial de la pena en el art. 2, numeral 2º que dice “la gravedad de la pena no podrá exceder los límites de la gravedad del reproche penal”, según el cual la reprochabilidad o culpabilidad del autor es el fundamento y límite máximo de la pena

<sup>84</sup> Vid: Capítulo VII, apartado 9.

<sup>85</sup> SOUTO, Miguel Abel. *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*. Editorial Dilex. Madrid-España. Año 2006. pág. 75. En ese sentido, DE LA MATA afirma que estamos ante un principio regulativo general, consustancial a la misma esencia del Estado de Derecho y aplicable, por ello mismo, a todo el ordenamiento jurídico, y especialmente deberá estar presente en todo tipo de intervención estatal que implique la restricción de derechos y libertades (DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *El principio de proporcionalidad penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2007. pág. 57).

<sup>86</sup> CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. op. cit. pág. 210.

<sup>87</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. op. cit. pág. 387.

<sup>88</sup> BEILFUSS, Markus. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Editorial Thomson- Aranzadi. Navarra. Año 2003. pág. 118.

a ser determinada e impuesta por el juez en un caso concreto. Sin embargo, aquí sólo nos referiremos a la primera forma de materialización señalada.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, requiere un juicio de valoración sobre la respectiva afectación de los derechos fundamentales del hombre que implica la intervención penal y de la importancia de los bienes a cuya protección ha de servir aquella intervención. La ponderación de la gravedad del delito depende de la gravedad del injusto penal como ataque a un bien jurídico-penal (por su desvalor de resultado y por su desvalor de conducta), que de acuerdo con MIR PUIG debe ser efectuada por el legislador desde la perspectiva *ex ante*, imponiendo una pena que habrá de resultar proporcionada al delito que quiere evitarse mediante el efecto de prevención que se espera de la conminación penal típica<sup>89</sup>. Aunque se reconozca la exclusiva competencia al Poder Legislativo en cuanto al juicio de proporcionalidad de la pena prevista con carácter general con relación a un determinado delito, no debe olvidarse que la proporcionalidad tiene su fundamento en principios de justicia y de dignidad de las personas consagrados en todas las constituciones<sup>90</sup>, que exigen que la intervención estatal en los derechos de las personas coincida con el daño que supone abstractamente el injusto contenido en el tipo penal<sup>91</sup>. Toda norma penal que exprese un desequilibrio excesivo entre esos dos elementos va en contra de los derechos fundamentales constitucionales recién citados, y por ende, lesiona el principio de proporcionalidad.

Existe acuerdo en la doctrina de que la clase y cuantía de la sanción prevista por el legislador, es decir, el marco penal abstracto correspondiente a un delito, se calcula en función a la importancia del bien jurídico protegido por la norma, así como del grado en que éste resulta lesionado o puesto en peligro por la conducta descrita en el tipo penal. Ambos criterios se conjugan para determinar la entidad del daño causado por la acción que se incrimina<sup>92</sup>. Una vez sopesados estos elementos de juicio el legislador procede a establecer la pena, fijando un marco penal correspondiente al delito que ha determinado incriminar. Este acto privativo del Poder Legislativo se denomina “determinación legal de la pena”, y puede ser definida como el proceso de concreción de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar a un sujeto criminalmente responsable por la comisión de una infracción penal<sup>93</sup>. Pero no se crea que el legislador está obligado a establecer penas fijas, puesto que el principio de proporcionalidad prescribe la configuración de las sanciones penales a través de un marco penal compuesto de una pena máxima y otra mínima para cada delito, con el fin de otorgar al juez un espacio de juego que le permita acomodar la sanción a las variaciones que la afectación del objeto de protección y la responsabilidad del autor puedan experimentar en el caso concreto. Con ello se consigue graduar la pena según el grado de ejecución, las formas de participación en el delito y las circunstancias agravantes o atenuantes, siendo una técnica legislativa necesaria para hacer efectiva la proporcionalidad al momento de la aplicación de la ley penal<sup>94</sup>.

<sup>89</sup> MIR PUIG, Santiago. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*. op. cit. pág. 1369.

<sup>90</sup> El preámbulo de la CNP reconoce a la dignidad humana como valor imprescindible del Estado Social y Democrático de Derecho, que tiene por fin asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, y constituye a la vez un límite que debe ser respetado por el poder estatal cuando su intervención punitiva afecte los derechos fundamentales de los ciudadanos.

<sup>91</sup> A parte de la importancia que suponga el bien jurídico tutelado, DÍEZ RIPOLLÉS sostiene que la entidad de la pena debe corresponder también al ámbito de responsabilidad establecido para el autor. Así, resultaría contrario al principio de proporcionalidad que se sancionara a un hecho imprudente con la misma pena establecida para un hecho doloso (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Editorial Trotta. Madrid. Año 2003. pág. 162).

<sup>92</sup> LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. Año 2006. pág. 175.

<sup>93</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Ediciones Universidad de Salamanca. Año 1999. pág. 43.

<sup>94</sup> LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. op. cit. pág. 179.



El CPPyo ha establecido determinadas reglas que no sólo deben ser tenidas en cuenta a la hora de establecer los marcos penales, sino también cuando se clasifican las distintas clases de delitos en atención al bien jurídico que protegen, entre las cuales se destaca el art.38 que regula la duración de la pena privativa de libertad que dice: “la pena privativa de libertad tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinticinco años. Ella será medida en meses y años completos”, precepto que ha sido modificado en el año 2008 por una ley del Congreso de la nación paraguaya que ha aumentado la duración de la pena máxima privativa de libertad hasta treinta años<sup>95</sup>. El contenido de este artículo constituye un límite que veda la conminación a cualquier delito de una sanción privativa de libertad que supere los treinta años y disminuya en seis meses.

Siguiendo esta pauta y visto el margen de discrecionalidad que otorga dicho marco de legalidad, el legislador ha decidido castigar los comportamientos dolosos y consumados previstos en el delito de enriquecimiento ilícito con una pena privativa de libertad de *uno a diez años*, penalidad que resulta contraria al principio de proporcionalidad desde nuestro punto de vista por su extrema gravedad en relación al nulo desvalor que presentan las conductas que incrimina y el grado de afectación o restricción de derechos fundamentales de las personas. Para comprobar esta hipótesis es necesario realizar el correspondiente test de proporcionalidad a la norma en estudio, aplicando una serie de criterios de valoración aportados por la doctrina que no han sido expuestos de un modo cerrado<sup>96</sup>, destinados a determinar si efectivamente existe un desequilibrio irracional entre el desvalor de una conducta típica y la gravedad de su sanción.

a) El primer criterio a tener en cuenta es el de ponderación de la importancia del bien jurídico. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como garantía de un Derecho penal moderno, exige que los marcos penales de una determinada clase de delitos se establezcan de acuerdo a la posición que tiene su objeto de tutela en la escala axiológica del ordenamiento jurídico. Es evidente que el bien jurídico *vida* es más importante que el bien jurídico *patrimonio* o que el bien jurídico *integridad física* es más importante que el bien jurídico *honor*<sup>97</sup>. Este criterio sustenta el juicio de proporcionalidad entre sanción y delito sobre la importancia que revisten los bienes jurídicos. Así, las penas más graves han de reservarse para los tipos penales que protegen a los bienes jurídicos más trascendentales para el hombre y la sociedad. Se reconoce mayor peso abstracto a los derechos fundamentales del individuo frente a los que tienen por objeto la protección de bienes colectivos o supraindividuales, ya que el fin de estos últimos es garantizar las condiciones que hacen posible la vida y el desarrollo de los seres humanos. Todo derecho fundamental que guarde una relación más próxima con el individuo tendrá prioridad respecto de la de otros bienes, como por ejemplo, los colectivos o

<sup>95</sup> Este artículo del CPPyo fue modificado por la Ley N° 3440 del año 2008 “Que modifica varias disposiciones de la Ley N° 1.160/97-Código Penal”. El art. 1 de la citada ley reza: Modifícanse los artículos...38..., los cuales quedan redactados de la siguiente manera: Artículo 38 –Duración de la pena privativa de libertad-. La pena privativa de libertad tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de treinta años. Ella será medida en meses y años completos.

<sup>96</sup> Al respecto, GARCÍA ARÁN señala que al ser la proporcionalidad entre la entidad de la sanción y la gravedad de lo cometido, un principio general irrenunciable, admite tan variados enfoques que no basta con su simple enunciado. Quien se contente con ello deja una puerta abierta a que las penas se impongan únicamente sobre la base del daño objetivo que se desprende de la acción inicial o que la pura retribución sea una finalidad en sí misma (GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*. Ediciones de la Universidad de Barcelona. Año 1982. pág. 212).

<sup>97</sup> Para ÁLVAREZ GARCÍA es preciso establecer una jerarquía entre bienes que vincule al legislador en la elección de los marcos penales de referencia. Esta relación de jerarquía entre bienes, según la opinión de este autor, sólo será posible a partir de la adopción de un concepto de bien jurídico en clave constitucional que, por una parte, facilita una restricción de bienes penalmente protegibles y, por otra, simplifica el establecimiento de esa relación jerárquica (ÁLVAREZ GARCÍA, Javier. *Introducción a la teoría jurídica del delito*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1999. pág. 52).

supraindividuales cuya relevancia jurídica viene dada por el vínculo instrumental que se establece con los derechos individuales<sup>98</sup>.

De acuerdo a lo asentado, aunque la función pública sea un bien jurídico fundamental para la existencia y desarrollo del hombre y la sociedad, ésta nunca puede protegerse mediante delitos cuya penalidad sea igual o inclusive mayor en relación a otros que protegen bienes eminentemente individuales o personales. Existen innumerables delitos en el CPPyo que protegen bienes individuales de los ciudadanos cuyos marcos penales son iguales o inferiores en gravedad en comparación a la pena privativa de libertad de uno a diez años que posee el delito de enriquecimiento ilícito. Por ejemplo, el delito de lesión grave<sup>99</sup> tiene un marco penal base de hasta diez años de pena privativa de libertad, el delito de coacción sexual<sup>100</sup> tiene un marco penal base de hasta diez años de pena privativa, el delito de secuestro<sup>101</sup> posee un marco penal base de hasta ocho años de pena privativa de libertad. Estas consideraciones hacen criticable la decisión tomada por el legislador, pues por muy grave que revista un ataque a la función pública, no parece que pueda ser igual o superior a un ataque doloso contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas. Si dos delitos se castigan con la misma pena es porque el legislador los considera igualmente graves, y en base a este razonamiento no cabría reparos en afirmar que los delitos de enriquecimiento ilícito y lesión grave mantienen idéntica gravedad, ya que ambos son castigados con una pena máxima de hasta diez años. Sin embargo, estos delitos no pueden ser considerados de la misma gravedad en razón a que el enriquecimiento ilícito protege un bien jurídico menos importante (función pública) que la lesión grave (integridad física), por lo que se concluye que el primero es menos grave que el segundo. Cuando desde el punto de vista del bien jurídico atacado un delito se considera más grave que otro y, sin embargo, se sancionan con la misma pena o el que se considera más grave se sanciona con una pena menor, se estaría vulnerando la idea de proporcionalidad<sup>102</sup>.

La tendencia cada vez frecuente de elevar las penas sin atender a la importancia del bien jurídico ni a la verdadera gravedad del delito, constituye desde el punto de vista de la prevención general una decisión contraproducente, ya que los destinatarios de las normas penales desconocería el verdadero desvalor de un delito con respecto a otro si se castigan los mismos con igual o similares penas. Esta realidad ya fue advertida por BECCARIA quien afirmaba en su obra “De los delitos y de las penas”, que si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas en que se graduaran desde la mayor hasta la menos dura, bastado al sabio legislador señalar los puntos principales, sin turbar el orden, no decretando contra los delitos de primer grado las penas del último. Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarían un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja<sup>103</sup>. En esta línea de ideas y de un modo más claro, GIMBERNAT ORDEIG señala que es inadmisibles que legislador quiera castigar con máximo rigor todos los delitos prescindiendo del distinto trastorno social que produce –por ejemplo, castigar con la misma pena un hurto y un homicidio–, porque la pena no se puede aplicar

<sup>98</sup> LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. op. cit. pág. 516.

<sup>99</sup> Art. 112 del CPPyo.

<sup>100</sup> Art. 128 del CPPyo.

<sup>101</sup> Art. 126 del CPPyo.

<sup>102</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *El principio de proporcionalidad penal*. op. cit. pág. 209; RAMOS TAPIA, María Inmaculada; WOISCHNIK, Jan. *Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideraciones del principio de proporcionalidad*. op. cit. pág. 150. Esto no sería así en todos los casos. Por ejemplo en España, la STC 161/1997 de fecha 2 de octubre, sostiene que el legislador no siempre considera en el código penal vigente de menor gravedad o merecedores de menor sanción los comportamientos de incidencia más lejana en el bien finalmente protegido que los que lo afectan de una manera más inmediata. Así, el peligro abstracto o remoto puede merecer un castigo mayor que el próximo.

<sup>103</sup> BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. op. cit. pág. 129.

derrochadora, sino cautelosamente; de lo contrario, se introduciría el desconcierto en los mecanismos humanos de control y sólo se conseguiría la destrucción del efecto de la pena de ser un importante medio de encauzamiento de conductas, y en ese sentido cuestiona cómo se va a convencer de la gravedad que supone una muerte dolosa si se la castiga igual que conductas que producen mucha menos conmoción en la sociedad como los daños, el hurto o la muerte imprudente<sup>104</sup>. En vista a que el delito de enriquecimiento ilícito contiene una penalidad en exceso gravosa con respecto a otros delitos que protegen bienes jurídicos más importantes que su propio objeto de protección, se puede concluir que no respeta el principio de proporcionalidad de acuerdo al criterio de ponderación de la importancia de bienes jurídicos.

b) Un segundo criterio está dado por la comparación de la sanción prevista en un delito con otros de similar naturaleza tanto en el derecho interno como en el derecho comparado. Este criterio es de sumo interés pues trata de determinar el grado de afectación de una norma penal a los derechos fundamentales. Tal afectación será especialmente intensa cuando la sanción de un ilícito penal sea mayor que la establecida en otros similares o de igual clase. Analizando el Capítulo III del Título VIII del CPPyo que contiene los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas, se puede observar que el legislador ha conminado abstractamente a dichas figuras unos marcos penales base cuyo denominador común no sobrepasa los seis meses de pena mínima y cinco años de pena máxima privativa de libertad. En cambio, la Ley N° 2523/04 que tipifica el delito de enriquecimiento ilícito (que se incluye en el capítulo de los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas), impone a esta figura penal una sanción de uno a diez años de pena privativa de libertad que básicamente dobla en gravedad tanto la pena mínima como la pena máxima de los marcos penales previstos para los delitos de su mismo grupo y que protegen idéntico bien jurídico.

Otro punto de apoyo para nuestro análisis constituye el art.13 del CPPyo que distingue formalmente los hechos punibles en «crímenes y delitos» en atención a la graduación de la conminación legal de la pena. Según dicho precepto «crímenes» son los hechos antijurídicos cuya sanción legal sea pena privativa de libertad mayor de cinco años, y «delitos» los hechos antijurídicos cuya sanción legal sea hasta cinco años de pena privativa de libertad o multa<sup>105</sup>. En consecuencia, el delito de enriquecimiento ilícito se clasifica como «crimen» al prever una sanción cuyo límite legal máximo alcanza los diez años de pena privativa de libertad, y en cambio, la mayoría de los restantes delitos de funcionario público serían «delitos» porque sus respectivos marcos penales básicos no superan los cinco años de pena privativa de libertad, por lo que cuantitativamente el primero es más grave que los segundos. A esto debe sumarse el hecho de que muchos de los delitos de funcionario público (cohecho, soborno, lesiones corporales en el ejercicio de funciones públicas, exacción, infidelidad en el servicio exterior, revelación de secretos de servicios, todos del CPPyo) otorgan al juez la facultad de sustituir la

<sup>104</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?*, en: Estudios de Derecho penal. Editorial Civitas. Madrid. Año 1976. pág. 73.

<sup>105</sup> Para la determinación de la clase de delito no se tiene en cuenta posibles agravaciones o atenuaciones previstas en preceptos de la parte general, sino sólo el límite previsto en el marco penal regular y no el marco penal aplicado en concreto ni la cuantía de la pena impuesta. Por su parte, ROXIN señala que la citada bipartición cumple una importante función en el derecho material, especialmente para simplificar la técnica legal en la graduación de la punibilidad. Por ejemplo, menciona que la tentativa es punible siempre en los delitos graves, mientras que en los menos graves sólo cuando esté taxativamente prevista. En la inducción intentada y otros actos preparatorios de la codelinencia son punibles en los delitos graves; en cambio, en los menos graves, por lo general no (ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 269). Para FRISTER la división legal de los hechos punibles según la importancia del ilícito en crímenes y delitos, no tiene relevancia respecto de la estructura del hecho punible, pero sí es fundamental en el sentido de que a ella se ligan importantes consecuencias no sólo en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal, sino también en otros ámbitos jurídicos. Para la clasificación de un hecho como crimen o delito no importa la gravedad del hecho individual, sino la valoración general que se expresa en la escala penal (FRISTER, Helmut. *Derecho penal. Parte general*. 4ª Edición. Traducido por Marcelo A. Sancinetti. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Año 2011. pág. 156).

pena privativa de libertad por la pena de multa<sup>106</sup>, alternatividad que no ha sido contemplada en el delito de enriquecimiento ilícito puesto que sólo sanciona la privación de libertad como única pena principal. No hace falta esforzarse mucho para imaginar la obvia diferencia cualitativa entre la pena privativa de libertad y la pena de multa. La primera es la más grave y significativa sanción que incluyen los sistemas penales contemporáneos, y la que más consecuencias implica en los derechos fundamentales dado a que es mucho más que la privación de un tiempo abstracto de libertad, pues a ésta se añaden otros elementos de aflicción física y psicológica en buena medida insuperables. La segunda no constituye una privación del derecho fundamental a la libertad sino una intervención en el derecho de la propiedad, consistiendo en una obligación de pagar una determinada suma de dinero. Por lo tanto, desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo la intervención penal que produce el delito de enriquecimiento ilícito en los derechos fundamentales afecta de forma más intensa que los demás delitos que protegen el mismo objeto de protección.

También hay quienes conciben al principio de proporcionalidad como equivalente al principio de igualdad en material penal<sup>107</sup>, que exige establecer sanciones semejantes o aproximadas para aquellos delitos que, desde un punto de vista externo a la valoración efectuada por el legislador (que tenga un mismo bien jurídico), sean considerados de similar gravedad. En efecto, FERRAJOLI afirma que la pena no debe superar a la violencia que en su ausencia sufriría el reo por otras fuerzas más o menos organizadas, lo que permite una compensación entre males infligidos y males prevenidos, y una correlación entre límite máximo y límite mínimo de las penas<sup>108</sup>. En esta investigación hemos afirmado el carácter subsidiario del tipo penal de enriquecimiento ilícito, es decir, se aplica en defecto de otros delitos contra el ejercicio de las funciones públicas que no pueden demostrarse por falta de pruebas u otros obstáculos que imposibilitan su persecución penal. Esto significa que este delito desaparece habiéndose probado el nexo entre el enriquecimiento excesivo del patrimonio del funcionario público y un ejercicio ilegal del cargo público, quedando al descubierto hechos constitutivos de cohechos, malversaciones o tráfico de influencias, etc.; por lo que no se puede entender de dónde surge la supuesta mayor gravedad del desvalor de este delito (con una sanción de uno a diez años de pena privativa de libertad) si el aumento patrimonial que representa su injusto puede originarse en hechos ilícitos menos graves (cuyos marcos penales no sobrepasan los cinco años de pena privativa de libertad o multa).

Aquí sucede la situación contraria al tratamiento de las “penas de sospechas o extra ordinem” del Derecho penal alemán común (siglo XVI), que eran aplicadas cuando no se podía demostrar plenamente la culpabilidad del autor pero quedaban dudas sobre su inocencia, por lo que se le imponía una pena más leve<sup>109</sup>. En cambio, el delito de enriquecimiento ilícito se aplica

<sup>106</sup> La previsión alternativa en un delito de la pena privativa de libertad con la pena de multa, significa que no pueden ser aplicadas conjuntamente debido a que ambas son penas principales (salvo que se trate de una pena patrimonial complementaria), lo que permite al juez imponer alternativamente una de las dos clases de pena al autor, y si decide aplicar la multa siempre debe justificar dicha elección. Al respecto, Vid: CASAÑAS LEVI, José Fernando. *Manual de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 161.

<sup>107</sup> En este sentido sostiene SÁNCHEZ GARCÍA: “Toda intervención estatal que incida de forma limitativa o extintiva en los derechos individuales y, por tanto, también la intervención jurídico-penal, aparece vinculada a un Estado de Derecho a exigencias materiales que derivan del valor de justicia. El principio de igualdad, que, junto con la idea del “suum cuique tribuere” o “dar a cada uno lo suyo”, integra el pensamiento de justicia, orienta la intervención jurídica en el ámbito de las relaciones de subordinación –como son aquellas que se establecen entre el Estado y los ciudadanos- en el sentido de que ha de tratarse igualmente lo igual y de forma desigual lo desigual (SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel. *El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal*. RJLL N° 4. Año 1994. pág. 1114).

<sup>108</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. op. cit. pág. 401.

<sup>109</sup> Relata ROXIN que en el proceso penal alemán común, el derecho probatorio era formal; toda la investigación se dirigía la confesión que, en caso necesario, era obtenida a través de la tortura. Si la prueba formal no conseguía demostrar plenamente la culpabilidad, pero quedaban dudas sobre la inocencia del reo, se le imponía o bien la

cuando no se puede probar la culpabilidad del funcionario público sobre supuestos delitos cometidos durante el ejercicio de su cargo que habrían ocasionado su excesivo aumento patrimonial, pero al existir indicios en cuanto a la realización de los mismos por la falta de una razonable explicación sobre dicho incremento, es castigado con una pena más grave que las previstas para los delitos sospechados<sup>110</sup>. Queda claro que esta relación de proporcionalidad e igualdad en material penal que estamos haciendo hincapié no ha sido aplicada al delito de enriquecimiento ilícito, pero parece que sí ha tenido efecto en otras figuras penales de la misma naturaleza. Por ejemplo, el legislador paraguayo ha disminuido la excesiva sanción prevista en el delito de exacción por otra más proporcionada a la gravedad del injusto tipificado y ajustada a la penalidad existente en los demás delitos de su clase (delitos contra el ejercicio de las funciones públicas). En principio el CPPyo había establecido para este delito una pena privativa de libertad de hasta diez años o multa, marco penal que fue modificado por Ley N° 3440 del año 2008, reduciéndose a la pena de cinco años de privación de libertad o multa.

Otro baremo que se ha propuesto para apreciar si existe proporcionalidad entre la intervención penal y la intensidad de la afectación de los derechos fundamentales de una persona, es comparando la sanción prevista en una norma penal y la establecida en otros ordenamientos para el mismo delito. En este caso, el punto de referencia es la pena de uno a diez años de privación de libertad prevista para el delito de enriquecimiento ilícito tipificado en la legislación paraguaya, el cual será contrastado con el mismo delito contemplado en algunos ordenamientos jurídico-penales latinoamericanos. En Argentina la pena prevista para el delito de enriquecimiento ilícito es prisión de dos a seis años<sup>111</sup>; en Ecuador es de uno a cinco años de prisión<sup>112</sup>; en Chile es de presidio menor en sus grados mínimo a máximo (sesenta y un días a cinco años)<sup>113</sup>; en México de tres meses a dos años de prisión<sup>114</sup>; en Panamá es de tres a seis años de prisión<sup>115</sup>; en Costa Rica es de tres a seis años de prisión<sup>116</sup>; en Nicaragua es de tres a seis años de prisión<sup>117</sup> y en El Salvador es tres a seis años<sup>118</sup>. De las sanciones establecidas en los ordenamientos penales latinoamericanos para el delito de enriquecimiento ilícito se observa que en algunos casos las penas mínimas muestran un leve agravamiento con relación a la de un año de pena privativa de libertad del tipo penal paraguayo (2 años de prisión en Argentina y tres años de prisión en Panamá, Costa Rica y El Salvador). Situación distinta se presenta en cuanto a la pena máxima que en el caso paraguayo puede alcanzar los diez años de pena privativa de libertad, en cambio en los citados ordenamientos extranjeros no supera los seis años. Sin embargo, existen países en los que la sanción del delito de enriquecimiento ilícito es más gravosa que la prevista en el tipo penal paraguayo en cuanto a la sanción mínima y máxima de su marco penal, como es el caso de Perú cuya sanción es pena de privación de libertad no menor

---

llamada pena de sospecha –mas leve- o era absuelto provisoriamente, con la salvedad de que en cualquier momento se podría reanudar el procedimiento -absolutio ab instancia- (ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. 25ª Edición. Traducido por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Editorial del Puerto. Buenos Aires. Año 2000. pág. 562). Así también, FRISTER, Helmut. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 87. cita N° 34; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. op. cit. pág. 550.

<sup>110</sup> En ese sentido, Vid: SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. pág. 42.

<sup>111</sup> Art. 268 (2) del CP argentino.

<sup>112</sup> Art. 296.2 del CP ecuatoriano.

<sup>113</sup> Art. 241 (bis) del CP chileno.

<sup>114</sup> Art. 224 del CP federal de México. Este marco penal base se aplica siempre que el monto del enriquecimiento ilícito no exceda el equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, si el enriquecimiento asciende dicho monto se impondrá de dos a catorce años de prisión (marco agravado).

<sup>115</sup> Art. 351 del CP panameño. Este marco penal base se aplica si lo injustificado no supera la suma de cien mil balboas (B/100.000), si sobrepasado dicho monto se aplica el marco penal agravado que es de seis a doce años de prisión.

<sup>116</sup> Art. 45 de la Ley 8422/04.

<sup>117</sup> Art. 448 del CP nicaragüense.

<sup>118</sup> Art. 333 del CP salvadoreño.

de cinco años ni mayor de diez<sup>119</sup>, y Colombia que es de nueve a quince años de prisión. A excepción de estos dos países, puede decirse que la entidad de la respuesta punitiva establecida por el legislador paraguayo al delito de enriquecimiento ilícito presenta una mayor severidad sancionadora que las previstas para el mismo delito en otros ordenamientos penales del continente americano.

c) Por último, el criterio fundamental para determinar si la pena de un delito es respetuosa con el principio de proporcionalidad es la valoración de la gravedad del comportamiento que se pretende persuadir descrito en el tipo penal. Esto significa que cuanto más lesiva para el bien jurídico sea la conducta típica, más contribuirá su prohibición a la protección del bien jurídico o, a contrario sensu, cuanto más remota sea la relación entre la conducta prohibida y la lesión del bien jurídico, menor será la intensidad con que su penalización satisfaga el principio que ordena proteger dicho bien jurídico<sup>120</sup>. Para concretar la gravedad de la pena abstracta a un delito, este criterio remite al análisis del desvalor del hecho típico. DE LA MATA señala que la mayor parte de la doctrina ha entendido –como no podía ser de otro modo–, que desde un Derecho penal preventivo dicha gravedad ha de ser proporcionada, lógicamente, al contenido global de injusto del hecho cometido<sup>121</sup>.

En la ponderación de la gravedad del hecho deben incluirse los elementos objetivos y subjetivos que pertenecen al delito concretamente cometido, como también la diferente participación delictiva, la peligrosidad de la acción o el desvalor de la intención. Estas circunstancias definen lo que AGUADO CORREA ha denominado “gravedad intrínseca” del hecho<sup>122</sup>, que permite calcular la mayor o menor afectación al bien jurídico. En el apartado anterior (referente a las relaciones entre el delito de enriquecimiento ilícito y el principio de lesividad u ofensividad) hemos podido concluir que el legislador ha decidido tipificar en el delito que nos ocupa una serie de actos cometidos por un funcionario público tendientes a enriquecer su patrimonio, ya sea a través de la obtención de bienes, ya sea cancelando deudas o extinguiendo obligaciones, siendo el punto de referencia para considerar ilícitos y punibles dichos comportamientos que sus respectivos valores sobrepasen su legítimas posibilidades económicas. Como puede deducirse, los comportamientos penalmente relevantes se proyectan sobre un conjunto de actividades económicas que realiza el funcionario público en su vida privada, y aunque el tipo establezca ciertas circunstancias que determinan su ilicitud, éstas no dejan de ser meros actos jurídicos-patrimoniales que no guardan ningún tipo de relación con el ejercicio de las funciones públicas. Desde la perspectiva de que toda norma penal que se crea para proteger a la función pública tiene la finalidad de salvaguardar el carácter dinámico-funcional de los poderes públicos, se concluye que las conductas punibles que componen el injusto del delito de enriquecimiento ilícito no pueden considerarse ni siquiera formas graves de ataque porque no constituyen una actuación desviada del correcto ejercicio del cargo público. Este criterio de ponderación demuestra claramente que el delito de enriquecimiento ilícito infringe el principio de proporcionalidad, pues sanciona con una pena sumamente exacerbada conductas que desde el punto de vista objetivo no son capaces de producir un daño, ni siquiera un peligro potencial al correcto ejercicio de las funciones públicas.

<sup>119</sup> Art. 401 del CP peruano. Según el 2º párrafo de este precepto, si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez años ni mayor de quince años.

<sup>120</sup> LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. op. cit. pág. 511.

<sup>121</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *El principio de proporcionalidad penal*. op. cit. pág. 212. Así también, BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de Derecho penal*. Editorial Trotta. Madrid. Año 2004. pág. 35; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*. op. cit. pág. 212; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 136; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 85.

<sup>122</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. op. cit. pág. 285.

La gravedad del delito, dice MIR PUIG, procede de la gravedad del injusto típico, que a su vez parte de la gravedad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico<sup>123</sup>. En ese sentido, la gravedad de un delito contra el ejercicio de las funciones públicas depende muy especialmente del grado de antinormatividad que reviste el incumplimiento de los deberes y obligaciones que ostenta el funcionario. Así, en el cohecho y en la prevaricación, el funcionario público incumple sus deberes de imparcialidad, en la malversación de caudales públicos y en la exacción, incumple su posición de garante en cuanto a la protección de los bienes patrimoniales del Estado. Por eso no se justifica la excesiva entidad de la respuesta punitiva del delito de enriquecimiento ilícito, ya que su injusto contiene unos supuestos de hecho cuyos elementos fácticos y normativos no tienen la relevancia mínima exigible para ser presupuestos idóneos de una intervención penal, pues qué daño podría suponer a las actividades y servicios prestacionales llevados a cabo por la función pública que el funcionario aumente excesivamente su patrimonio por encima de sus legítimas posibilidades económicas. Como afirma AGUADO CORREA, si la ofensa no reúne un cierto nivel de gravedad, es decir, si es exigua, no puede seguir considerándose proporcional a la sanción penal<sup>124</sup>. Desde esta perspectiva, el delito de enriquecimiento ilícito es un instrumento inapto para proteger la función pública, y por ello, no cumple con el requisito de idoneidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio.

Los razonamientos hasta aquí expuestos nos demuestran que el legislador al establecer el marco penal del delito en estudio ha obrado por motivos puramente intimidatorios. Es un problema actual en la función pública la constante y repetida aparición de fortunas no justificadas en los patrimonios de sus miembros, que de acuerdo a lo ya señalado en varias partes de esta investigación, constituyen indicios de hechos punibles cometidos durante el ejercicio del cargo que caen en la impunidad por falta de pruebas. Las necesidades preventivo generales de evitar este tipo de situaciones han sido maximizadas por el sentimiento de rechazo que la sociedad ha dado al hecho de que muchos funcionarios públicos se enriquecen descaradamente, aprovechando no sólo de la ocasión que les da su cargo público, sino también de la ventaja de poder que el cargo otorga a su titular para lograr su impunidad.

Es natural que el ciudadano exija a sus representantes el castigo ejemplar de tales casos y que sus autores sean condenados con todo el peso de la ley. Tampoco se pone en duda la gran conciencia social que existe en preservar la integridad de la función pública como institución generadora de los servicios más elementales de la sociedad y que la corrupción pública es un fenómeno que amenaza el correcto desarrollo de sus finalidades. Pero si se dejase que la trascendencia social de un hecho o de una conducta se refleje en la determinación legal abstracta de las sanciones penales, haría que la pena pase a satisfacer demandas sociales retributivas o de castigo. Advierte ALCÁCER GUIRAO que si la idea de la retribución se transmuta en la necesidad social de retribución, la intensidad y destinatarios de la pena se decidirá en función al grado de indignación, repulsa o temor que despierte la acción delictiva en la opinión pública<sup>125</sup>. Es evidente que este factor de repulsa social hacia los enriquecimiento injustificados dentro de la función pública no ha sufrido cambios con el paso del tiempo, pues el legislador, cuando

<sup>123</sup> MIR PUIG, Santiago. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal*. op. cit. pág. 1382.

<sup>124</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. op. cit. pág. 289.

<sup>125</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Prevención y garantías: conflicto y síntesis*. Doxa. Alicante. Año 2002. pág. 25. En este sentido opina LOPERA MESA: “aunque pueda afirmarse que la proporcionalidad de las penas respecto a la gravedad de los delitos resulta útil a una estrategia de prevención general, no debe desconocerse que en algunos casos ambas pueden entrar en conflicto. Ello ocurre cuando, con el fin de confirmar la desaprobación que merece un determinado comportamiento, se acude al expediente de incrementar las penas para delitos que se cometen con especial frecuencia o que en determinadas coyunturas generan una mayor alarma social, estableciendo sanciones equivalentes o superiores a las previstas para otros delitos que, por la importancia del bien protegido y por la intensidad con que son afectados, en general se consideran más graves (LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. op. cit. pág. 212).

decidió reformar la legislación existente sobre el delito de enriquecimiento ilícito en el Paraguay, no ha modificado el marco penal de uno a diez años de pena privativa libertad que ya existía en el anterior tipo penal de enriquecimiento ilegítimo previsto en el DL N° 448/40.

Ahora bien, no puede negarse que en la entidad de la pena pueda influir lo que LUZÓN PEÑA denomina “gravedad extrínseca del hecho”, esto es, el peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social, pero este autor advierte que estos factores deben valorarse secundariamente y sin excesos<sup>126</sup>. La gravedad de la pena siempre debe establecerse primordialmente en base a la gravedad del hecho incriminado y al daño producido al bien jurídico, de lo contrario, si la pena se configurase a partir del grado de necesidad preventiva se podría llegar a establecer penas exacerbadas en delitos poco graves, pero demostrativos de una necesidad en su evitación por su constante repetición<sup>127</sup>. En ese sentido, bien acota GARCÍA ARÁN diciendo que una cosa es que la pena adecuada a la gravedad produzca efectos preventivos y otra distinta es que para establecer la gravedad haya que tener en cuenta las necesidades preventivas: el hecho no es más grave porque la sociedad esté más necesitada de escarmiento ni porque lo esté el sujeto<sup>128</sup>.

Por otra parte, no debe olvidarse que en la determinación abstracta de la pena, además de criterios preventivo-generales, el legislador está obligado a considerar criterios preventivo-especiales<sup>129</sup>, en virtud al fin asignado a la pena privativa de libertad dispuesto en el art. 20 de la CNP que expresa: “las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad”. Este precepto inequívocamente asigna a las penas la función de protección de la sociedad mediante la prevención de los delitos que lesionan o ponen en peligro sus bienes jurídicos más importantes, y asimismo, la de readaptación o resocialización del condenado a una vida sin delinquir. La prevención especial se dirige a prevenir los delitos que puedan proceder del delincuente. Según ella, la imposición de la pena ha de servir como camino para la readaptación social y no opera en el momento de la conminación penal como en la prevención general, sino en su fase de ejecución.

Un marco penal excesivamente grave y desproporcionado también produce efectos negativos sobre el condenado en el momento de la ejecución de la pena, que pueden llegar a dificultar el efectivo alcance de los fines de la prevención especial. Imagínese que un juez condene a un funcionario público por enriquecimiento ilícito a la pena máxima prevista para ese delito (hipótesis que ocurre con frecuencia, pues es práctica común que la pena impuesta en sede judicial se establezca en proporción a la entidad del enriquecimiento), ¿es necesario que se le aplique un tratamiento resocializador durante los diez años que dure su privación de libertad para que en su vida futura realice sus actos privados patrimoniales de acuerdo a las posibilidades económicas que le permiten sus ingresos legales? La respuesta es clara, no. Al contrario, una pena de estos contornos, severa y desproporcionada a la gravedad del supuesto de hecho que es su consecuencia, sólo puede traer efectos estigmatizantes, destructivos e irreparables para el condenado. Se insiste que es un total contrasentido a las consideraciones preventivas especiales y a los postulados constitucionales de la pena que se pretenda reeducar a un funcionarios público por medio de la privación de libertad de larga duración a que no cometa en el futuro este ilícito y que lleve su vida patrimonial acorde con las fuentes legítimas que le concede el ordenamiento jurídico. En ese sentido, MIR PUIG señala que en un Estado Democrático de Derecho la

<sup>126</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho penal. Parte general*. op. cit. idém pág.

<sup>127</sup> MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*. op. cit. pág. 98.

<sup>128</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*. Editorial Aranzadi. Pamplona. Año 1997. pág. 77.

<sup>129</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *El principio de proporcionalidad penal*. op. cit. pág. 179; AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. op. cit. pág. 293; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*. op. cit. pág. 81.



resocialización sólo puede admitirse si se la somete a estrictos límites que impidan su tendencia expansiva<sup>130</sup>.

En definitiva, sólo una pena proporcionada a la gravedad del delito puede cumplir efectivamente las necesidades preventivo generales porque evita las tendencias excesivas de pura intimidación por parte del legislador y es apta para motivar a los ciudadanos, como también las necesidades preventivas especiales ya que una pena en estas condiciones sería la única capaz de evitar un nuevo delito. Aquella pena contraria a estos postulados resulta inadecuada e injusta<sup>131</sup>. Como dice HASSEMER, la proporcionalidad sirve de base como principio jurídico al Derecho penal que exige una concordancia material entre acción y reacción, causa y consecuencia, delito y consecuencia jurídico-penal. Constituye parte del postulado de justicia en el sentido de que nadie puede ser incomodado o lesionado en sus derechos con medidas jurídicas desproporcionadas<sup>132</sup>. En base a todo lo dicho hasta aquí, se concluye que la pena prevista para el delito de enriquecimiento ilícito no guarda una proporción adecuada con el desvalor de los comportamientos descritos en su tipo penal, existiendo un desequilibrio patente e irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma que infringe el principio de proporcionalidad.

#### **2.4. Con relación al principio de culpabilidad.**

Un sector de la doctrina latinoamericana que ha escrito acerca del delito de enriquecimiento ilícito admite la inconstitucionalidad de esta figura delictiva por estar en plena contradicción con el derecho fundamental de la presunción de inocencia. Esta postura parte de que el enriquecimiento ilícito es un delito de sospecha cuya estructura típica contiene una presunción de culpabilidad que expresa “todo excesivo incremento patrimonial injustificado de un funcionario público es ilícito hasta que se demuestre lo contrario”, presunción que solamente puede ser desvirtuada si el imputado presenta pruebas suficientes al juzgador que determinen su inocencia, lo cual significa una clara inversión de la carga de la prueba.

La incriminación de este delito ha sido impulsada por la influencia de los prejuicios que existen sobre la imagen de la función pública a causa de los efectos de la corrupción, que parten del sentimiento social de que a nadie le resulta satisfactorio que los funcionarios públicos se enriquezcan ilegítimamente a través de hechos ilícitos cometidos durante el ejercicio de su cargo<sup>133</sup>. Bajo este argumento, y para encubrir tanto a los órganos jurisdiccionales como al ministerio público su ineficiencia en la demostración de las específicas conductas ilícitas que ocasionarían el incremento del patrimonio del funcionario público, los legisladores nacionales no tuvieron mejor idea que crear un tipo penal de clara naturaleza inconstitucional que conculca de forma grave el principio de culpabilidad. Para corroborar esta hipótesis, en este apartado nos ocuparemos de averiguar si la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito previsto en la legislación paraguaya se compatibiliza con el principio de culpabilidad, para realizar más adelante<sup>134</sup> el mismo análisis pero con relación al derecho a la presunción de inocencia, ya que ambos están estrechamente vinculados y se implican recíprocamente<sup>135</sup>.

<sup>130</sup> MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Editoria BdeF. Montevideo- Buenos Aires. Año 2006. pág. 70.

<sup>131</sup> CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*. op. cit. pág.207.

<sup>132</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. op. cit. pág. 279.

<sup>133</sup> SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. pág. 19.

<sup>134</sup> Vid: apartado 3.1. del presente capítulo.

<sup>135</sup> Sostiene FERRAJOLI que la lógica de la sospecha en la estructura misma del delito ha dejado sin contenido no sólo las garantías penales, sino también las procesales (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. op. cit. pág.710). Así también, GARCÍA PÉREZ menciona que uno de los pocos casos en que pueda vulnerarse simultáneamente el principio de culpabilidad y el derecho a la presunción de inocencia, sea través de los delitos de sospecha. Que un tipo de sospecha viola el derecho a la presunción de inocencia, es obvio, por cuanto no exige que se demuestre la totalidad de la conducta delictiva, presumiendo normalmente iuris tantum su

El principio de culpabilidad es un axioma indiscutido y pilar esencial del Derecho penal moderno. La expresión “principio de culpabilidad” tiene varios sentidos o significados. Por un lado, se concibe la culpabilidad como una categoría o elemento de la teoría del delito que permite aplicar una pena al autor de un hecho tipificado en la ley penal, es decir, constituye un presupuesto de punibilidad<sup>136</sup>. Al respecto el CPPyo en su art. 2. 1º expresa: “no habrá pena sin reprochabilidad”. Por otra parte, es considerado como elemento de determinación de la pena, en el sentido de que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad. Aquí la culpabilidad no trata de fundamentar la pena, sino de determinar el cómo de la pena, su gravedad y duración, la magnitud exacta de pena que en un caso concreto se debe aplicar<sup>137</sup>. Y por sobre todo, la culpabilidad es un principio supremo de política criminal, de buena política criminal que inspira o debe inspirar la intervención del poder punitivo del Estado, lo que en otras palabras significa un límite al *ius puniendi* estatal<sup>138</sup>. A este último sentido nos referiremos a continuación.

En virtud de la culpabilidad como principio político criminal sólo cabe exigir responsabilidad jurídico-penal por el hecho propio, con intervención de dolo o imprudencia, dándose la imputabilidad y el conocimiento o cognoscibilidad de la antijuridicidad<sup>139</sup>. Este aspecto de la culpabilidad llamado “principio del hecho” viene a requerir que un delito contenga un comportamiento concreto exteriorizado y susceptible de percepción sensorial, atribuido a su autor como hecho suyo, y que éste lo haya cometido dolosamente o, al menos, por imprudencia. Afirma HASSEMER que sólo cuando se dan alguno de estos presupuestos (dolo o imprudencia) puede fundamentarse una consecuencia jurídico-penal para alguien<sup>140</sup>. Desde este punto de vista, la culpabilidad es un límite frente al legislador ya que le veda el castigo de formas de vida o comportamientos pre-delictuales o simples manifestaciones del pensamiento (los llamados tipos criminológicos de autor)<sup>141</sup>, hechos exteriores carentes de lesividad utilizados como mero síntomas del ánimo, cualquier tipo de responsabilidad por el resultado o sin culpa (hechos fortuitos o acaecidos por el mero azar) que se conoce como *versari in re illicita*<sup>142</sup>, y también los hechos presuntos o presunciones de culpabilidad<sup>143</sup>.

De la misma manera que en la mayoría de los países, el principio de culpabilidad no encuentra identificación en los preceptos de la Constitución, es decir, no suele existir una

conurrencia con inversión de la carga de la prueba, es decir, se considera al acusado culpable en tanto no demuestre lo contrario. Pero es que además se viola el principio de culpabilidad pues, en tanto la responsabilidad penal es responsabilidad por el hecho propio, este principio exige como base una conducta real y no una mera presunción. Sólo si se ha dado realmente la conducta tiene sentido exigir respecto a ella dolo o imprudencia (GARCÍA PÉREZ, Octavio. *Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP.* op. cit. pág. 637).

<sup>136</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general.* op. cit. pág. 791, El mismo, *La teoría del delito en la discusión actual.* op. cit. pág. 303; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte general.* op. cit. pág. 90; STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general.* op. cit. pág. 117.

<sup>137</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte general.* op. cit. Idém pág.; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general.* op. cit. pág. 24.

<sup>138</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha.* RPJ N° 33. Año 1994. Pág. 441.

<sup>139</sup> GARCÍA PÉREZ, Octavio. *Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP.* op. cit. pág. 638.

<sup>140</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal.* op. cit. pág. 268.

<sup>141</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general.* op. cit. pág. 132; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho penal. Parte general.* Universidad de Granada. Año 1990. pág. 212. Al respecto, el Digesto (48,19,18.) dice: “Nadie sufre una pena por un pensamiento delictivo”.

<sup>142</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario; ACALE SÁNCHEZ, María; NIETO MARTÍN, Adán; DEMETRIO CRESPO, Eduardo; PÉREZ CEPEDA, Ana. *Curso de Derecho penal. Parte general.* op. cit. pág. 78; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha.* op. cit. pág. 444; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte general.* op. cit. pág. 91.

<sup>143</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal. Parte general.* op. cit. pág. 78.

proclamación constitucional expresa de dicho principio. Sin embargo, la doctrina afirma de forma unánime que el principio de culpabilidad se halla consagrado en el derecho fundamental de presunción de inocencia. Esto resulta lógico pues si éste obliga al Estado a tener por inocente a todo imputado hasta tanto no se haya demostrado su culpabilidad por sentencia firme, es obvio que asimismo el Estado sólo podrá imponer una pena cuando el estado de inocencia fuese desvirtuado como consecuencia de la comprobación de la culpabilidad del autor en el hecho que se le atribuye. Cabe reconocer que las esferas de actuación del principio y del derecho que estamos haciendo referencia confluyen íntimamente, mientras que el primero establece los presupuestos materiales básicos para poder exigir responsabilidad penal, el segundo garantiza que en el ámbito procesal las penas y medidas sólo se apliquen allí donde se ha demostrado todos sus presupuestos<sup>144</sup>. Al respecto manifiesta RUIZ VADILLO que inocencia significa exención de toda culpa en un delito o, en general, en una mala acción, lo que conduce a contraponer este concepto al de culpabilidad, pues uno y otro son como el anverso y el reverso de una misma idea<sup>145</sup>.

Pero que la culpabilidad sea reconocida como un principio consagrado en el derecho constitucional de la presunción de inocencia, no significa que el legislador incurra en flagrantes negaciones al mismo. El enriquecimiento ilícito es prueba de ello, pues al estar configurado en un delito de sospecha supone la negación del principio de culpabilidad y una contradicción a los postulados de un Derecho penal basado en el principio de responsabilidad por el hecho. En la actualidad existen ciertos ámbitos de la realidad social como es la función pública, en los que al Estado cada vez más le resulta difícil perseguir y comprobar determinados comportamientos graves, ya sea porque éstos se encuentran prescriptos o, más de las veces, por problemas de prueba. Para paliar estas deficiencias, el legislador ha decidido crear tipos penales para resolver problemas provenientes del Derecho procesal penal a través de la técnica de los delitos de sospecha, cuya singularidad reside en que infieren o presumen un hecho (que no queda reflejado en el precepto porque no puede probarse) a partir de la concurrencia de otros hechos que sí son descritos en el tipo penal. Basta que se den los hechos que sirven de base simultáneamente a la presunción y que no se realice una conducta que destruya la presunción para que tenga entrada la pena prevista en el delito. El hecho presunto se sustituye por la omisión de la conducta de descargo<sup>146</sup>. Este tipo de preceptos contiene en su seno una presunción que consiste en una operación deductiva que actúa sobre dos hechos: el hecho/os base y el hecho/os consecuencia. Así, por un proceso de deducción del primero se desprende el segundo. El legislador utiliza esta técnica cuando por razones de política criminal desea favorecer la posición de una de las partes implicadas en un proceso, que en este caso es el ministerio público. Sin embargo, el hecho deducido puede desvirtuarse por la prueba en contrario del imputado, lo que convierte a esta presunción en *iuris tantum*<sup>147</sup>.

La afirmación de que la figura penal que nos ocupa constituye un delito de sospecha parte de la interpretación resultante entre la conexión de la estructura típica, el ámbito temporal

<sup>144</sup> GARCÍA PÉREZ, Octavio. *Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP.* op. cit. pág. 650.

<sup>145</sup> RUIZ VADILLO, Enrique. *Algunas ideas sobre la culpabilidad en la propuesta de anteproyecto de nuevo código penal.* RDJ N° 37-40. Año 1983. pág. 106.

<sup>146</sup> GARCÍA PÉREZ, Octavio. *Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP.* op. cit. pág. 632.

<sup>147</sup> GUERRA SAN MARTÍN, José; BELLOCH, Juan Alberto; TORRES Y LÓPEZ DE LA CALLE, Enrique. *El derecho a la presunción de inocencia.* RJLL. Año 1982-4. pág. 1183. Al respecto del delito de enriquecimiento ilícito, afirma ASENCIO que una vez acreditada por la parte acusadora la desproporción entre los ingresos del funcionario público y su patrimonio, opera una presunción “*iuris tantum*” de enriquecimiento ilícito y se cumple con la carga probatoria impuesta a quien acusa. El acusado puede desvirtuar la misma, defendiéndose, acreditando la legalidad o licitud de su patrimonio, pues se está en presencia de una presunción legal, pero no “*iuris et de iure*” (ASENCIO, José María. *La lucha contra la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito.* op. cit. pág. 18).

en el que el legislador exige que se realicen los comportamientos antijurídicos y el bien jurídico protegido. Primeramente, cabe recordar que el legislador entiende que el bien jurídico protegido por el delito de enriquecimiento ilícito es la función pública. En cuanto a su tipo penal, éste incrimina determinados comportamientos realizados por un funcionario público que tienen como resultado el excesivo incremento de su patrimonio a través de la adquisición de bienes o la cancelación de obligaciones, cuyo valor sobrepasa sus legítimas posibilidades económicas. Es decir, el legislador ha determinado la ilicitud en la falta de correlación razonable entre la entidad del patrimonio y la capacidad económica del funcionario público. Sin embargo, para que estos comportamientos ilícitos sean considerados penalmente relevantes deben necesariamente producirse con posterioridad al inicio de las funciones públicas, ámbito temporal que se extiende durante el tiempo en que el funcionario público desempeña su cargo dentro de la función pública, hasta su cese definitivo. Esto quiere decir que el delito de enriquecimiento ilícito al sancionar a todo funcionario público que incrementa excesiva e injustificadamente su patrimonio por encima de las razonables posibilidades económicas que le otorgan sus ingresos legítimos, presume que ha conseguido esa mejor posición de riqueza a través de las ganancias que ha obtenido de la comisión de actos ilícitos, y si a esto sumamos la circunstancia de que el tipo exige que tal enriquecimiento debe ocurrir durante el ejercicio del cargo público, se infiere que estos actos ilícitos serían delitos contra el ejercicio de las funciones públicas relacionados con hechos de corrupción. Según MAGGIORE, esta clase de delitos consisten en un estado individual (que en nuestro caso es un patrimonio con las características prevista en la Ley N° 2523/04), que por sí mismo no puede constituir una infracción penal, pero que es incriminado tan sólo por las sospechas que suscita<sup>148</sup>.

La sospecha incorporada en el tipo descansa sobre la relación existente entre el enriquecimiento desproporcionado y su acaecimiento durante el ejercicio de las funciones públicas, por lo que tal enriquecimiento sería un hecho que forma parte de la faz de agotamiento de un delito previo –imposible de probar– realizado por el funcionario público que habría originado su mejoría patrimonial. El presunto acto ilícito contra la función pública se infiere sobre la base de una regla de experiencia que el legislador cree que se da con carácter general en esta clase de supuestos (*id quod plerumque accidit*)<sup>149</sup>, la cual expresa que cada vez que un funcionario público comete un acto de corrupción relacionado con el ejercicio abusivo de su cargo existe siempre un incremento patrimonial cuyo origen no puede ser justificado. Esto se explica de la siguiente manera: cuando el legislador no puede llegar a un juicio de certeza, es decir, no sabe si un hecho ha ocurrido o no, sobre todo cuando el hecho es pretérito y no se ha presenciado, ni tiene medios para averiguar con cierto fundamento cómo y cuándo ha ocurrido, es muy difícil que llegue a formar su convicción sobre la verdad de una de las dos proposiciones contrarias (si un hecho ocurrió o no históricamente). Faltando esta certeza sobreviene la duda, por lo que el legislador no tiene más que dos caminos a seguir: abstener a tipificar criminalmente ese hecho o eliminar la duda dando como cierta la proposición más probable. El segundo camino encierra el criterio de certeza por el de probabilidad, pero el legislador no toma esta decisión de modo arbitrario o desprovisto de fundamento, ya que sólo puede otorgar probabilidad a una proposición cuando su experiencia le aconseja inclinarse a favor de la misma y en contra de la incompatible<sup>150</sup>. Esta regla de experiencia es recogida e introducida por el legislador en el tipo penal de enriquecimiento ilícito, creando así un recurso útil para castigar

<sup>148</sup> MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. Volumen I. Traducido por José Ortega Torres. Editorial Temis. Bogotá. Año 1954. pág. 303.

<sup>149</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Presunción de inocencia, presunción legal y presunción judicial o prueba de indicios*. RJLL Año 1991-1. pág. 973. Entiende RODRÍGUEZ MOURULLO el término *id quod plerumque accidit* como la verosimilitud que induce a dar por definitivo (presunción absoluta) o cuasi definitivo (presunción relativa) la relación entre hecho conocido y hecho ignorado (RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *La presunción legal de voluntariedad*. op. cit. pág. 59).

<sup>150</sup> CARRERAS, Jorge. *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*. op. cit. págs. 507 y 508.

cuando se sospecha que el funcionario público ha cometido comportamientos graves utilizando su cargo público y no se puede probar de modo suficiente su intervención en el hecho.

Lo que se sospecha es la posibilidad de una actuación delictiva pasada del sujeto activo<sup>151</sup>, postura que coincide con la de GRISPIGNI, para quien no hay duda de que en los llamados delitos de sospecha se pena el hecho porque hay motivos para creer que el mismo está en relación con un delito ya acontecido o en proclividad de cometerse<sup>152</sup>. Entonces lo que hace el legislador es seleccionar unos indicios que a su criterio tienen relación con los hechos delictivos que sospecha, que en el caso que nos ocupa son la adquisición de bienes o la cancelación de obligaciones que realiza un funcionario cuyo valor sobrepasa sus legítimas posibilidades económicas (suponiendo que estos actos patrimoniales se concretan a través de las ganancias provenientes de hechos de corrupción cometidos durante el ejercicio del cargo público), y los convierte mediante su incriminación en el contenido de un tipo penal autónomo. Un delito que castiga a su autor en base a la sospecha de haber intervenido en un hecho delictivo que no ha sido probado es inaceptable en un Derecho penal que respeta las garantías del Estado de Derecho, pues sería ilegítimo un delito cuya razón de tipificación no es el comportamiento recogido en el mismo sino otro que se encuentra fuera de él<sup>153</sup>, que es la incapacidad del Estado para descubrir, perseguir y condenar las conductas ilícitas cometidas por los miembros de la función pública en el ejercicio de sus cargos. Esta misma idea puede leerse en el Digesto: “no se puede condenar a nadie sólo por sospechas, pues es mejor dejar sin condenar a un criminal que condenar a un inocente”<sup>154</sup>.

De esta manera, el delito de enriquecimiento ilícito queda consumado cuando se comprueba en la persona de su autor la presencia de los indicios tipificados en el tipo, sin que en realidad exista certeza alguna sobre su participación en un acto corrupto. Ocurre aquí la transmutación legal de una mera probabilidad en certeza, que claro está, no se refiere a un específico delito, sino más bien a una actividad delictiva abstractamente considerada. RODRÍGUEZ RAMOS sostiene que en estos casos el tipo prevé una pena para un sospechoso (no culpable), por lo que su aplicación significa castigar a un ciudadano por un hecho cuya comisión o autoría no ha sido probado, es decir, por un hecho cuya culpabilidad se presume, lo cual supone una patente colisión con el derecho a la presunción de inocencia porque precisamente dispone lo contrario<sup>155</sup>.

Estas consecuencias negativas para los derechos fundamentales del ciudadano en materia sustantiva penal demuestran lo inadecuado que resulta la técnica de convertir indicios, por vehementes que sean, en certezas a efectos punitivos<sup>156</sup>, ya que por más que se acepte que un excesivo e inexplicable enriquecimiento patrimonial de un funcionario público constituya un importante indicio de un posible delito previo contra el ejercicio de las funciones públicas, este dato no puede equivaler por sí solo a la necesaria certidumbre sobre su comisión, ni convertirse en punto de partida de una presunción de culpabilidad en contra del funcionario público. El principio del hecho exige como antecedente inexcusable de la responsabilidad jurídico-penal la atribución de un hecho concreto a un individuo a título de dolo o imprudencia, por lo que este principio se vulnera, como dicen COBO y VIVES, cuando se establecen responsabilidades por

<sup>151</sup> COX LEIXELARD, Juan Pablo. *Contexto político-criminal de los delitos de posesión. War on crime y expansión del Derecho penal*, en: Rodríguez Collao, Luis (Coordinador): *Delito, pena y proceso*. Libro Homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta. Editorial jurídica de Chile. Santiago. Año 2008. pág. 125.

<sup>152</sup> GRISPIGNI citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal*. Tomo III. op. cit. pág. 457.

<sup>153</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*. Editorial Atelier. Barcelona. Año 2005. págs. 27 y 28.

<sup>154</sup> Digesto 48, 19, 5.

<sup>155</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Presunción de inocencia no minimizada*. RJLL Año 1982-1. pág. 1248.

<sup>156</sup> BELLOCH, Alberto. *Algunas precisiones en torno a la presunción de inocencia*. op. cit. pág. 47.

hechos presuntos que tal vez han acaecido o tal vez no<sup>157</sup>. En otras palabras, al sujeto se le está reprochando un hecho que no necesariamente ha perpetrado<sup>158</sup>. Manifiesta CARRERAS que en la vida jurídica, al substantivo “hecho” se le aplica uno de estos dos calificativos: cierto o incierto. Ante la proposición de que un hecho ocurrió históricamente, un sujeto puede estar o no cierto de la verdad que encierra, es decir, de si efectivamente se produjo o no el hecho propuesto<sup>159</sup>. Pero el legislador no puede obrar en un estado de incertidumbre cuando crea tipos penales, y menos suplir esa duda estableciendo juicios de certeza bajo presunciones contra reo a los efectos de que el imputado valide dicho juicio con su silencio o lo desvirtúe con la prueba en contrario.

Por otra parte, la máxima de experiencia sobre la que se sustenta el hecho que presume el tipo penal de enriquecimiento ilícito no ha quedado exenta de críticas. Sostiene la doctrina que si bien el concepto mismo de enriquecimiento ilícito entraña la sospecha –en general razonable– de que un incremento patrimonial por encima de las posibilidades económicas del funcionario público hace presumir que provino de actos de malversación, tráfico de influencias, cohechos, etc., lo cierto es que tal enriquecimiento pudo haberse originado en una multiplicidad de conductas ilícitas y no sólo por delitos relacionados con el ejercicio de su cargo público. Este cuestionamiento que censura la logicidad de la inferencia debe estimarse porque la conclusión que se alcanza en el juicio lógico presuntivo no sólo debe estar apoyada en las premisas o hechos bases conocidos, sino que, además, debe excluir la posibilidad de una conclusión distinta con ese mismo grado de apoyo. Por ello, la inferencia llevada a cabo por el legislador deviene excesivamente abierta e imprecisa, ya que el análisis racional de los presupuestos del delito de enriquecimiento ilícito permite alcanzar una pluralidad de conclusiones alternativas perfectamente razonables que pueden explicar el incremento patrimonial del funcionario público, y que excluirían al hecho presumido (el ejercicio abusivo o ilegal de un cargo público) como única posible fuente del tal enriquecimiento.

En ese sentido, manifiesta RIMONDI que comete el delito de enriquecimiento ilícito el funcionario público que ha acrecentado su patrimonio con el precio que se le abonó por un cohecho, como el que lo hizo con los beneficios que le reportó el infiel manejo de los bienes del Estado que le fueron confiados, como el que se valió del botín procedente de un robo agravado por el uso de armas<sup>160</sup>. Además, el infinito abanico de conductas que pueden explicar el incremento patrimonial incluye no sólo comportamientos ilícitos, sino también comportamientos lícitos<sup>161</sup> e inclusive inmorales o poco éticos socialmente<sup>162</sup>. Los argumentos esgrimidos refutan

<sup>157</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal. Parte general*. op. cit. págs. 270 y 271.

<sup>158</sup> BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Algunas reflexiones a raíz de la nueva formulación del principio de culpabilidad en el anteproyecto de código penal de 1992*. RAP. Año 1992-2. pág. 348.

<sup>159</sup> CARRERAS, Jorge. *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*. op. cit. pág. 504.

<sup>160</sup> RIMONDI, Jorge Luis. *Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública*. op. cit. pág. 292.

<sup>161</sup> TODARELLO, Guillermo Ariel. *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 291 “...aunque un funcionario se haya enriquecido lícitamente (por ejemplo, ganó la lotería, recibió una herencia), el no justificarlo lesiona el bien jurídico... Aunque parezca un contrasentido, que una persona sea condenada por el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, no significa que en realidad se haya enriquecido ilícitamente, sino tan sólo que no justificó el incremento patrimonial apreciable (desproporcionado a sus ingresos).

<sup>162</sup> Menciona CALDERÓN que es posible imaginar que un funcionario que al comenzar a ejercer su cargo en un servicio público, tenía un patrimonio de diez millones de pesos y que, al dejar de servirlo, éste asciende a cien millones de pesos. La ostensible diferencia patrimonial se debe a que mientras ejerció el cargo, el empleado mantuvo una relación extramarital con la mujer del jefe del servicio. Esta mujer, quien es millonaria, le dio al funcionario, en dinero efectivo, noventa millones de pesos, suma que el empleado depositó en su cuenta corriente. El funcionario, quien también es casado, por razones obvias no revela el origen del dinero en la investigación que se sigue en su contra. En un caso como éste sería altamente probable la imposición de la pena que la ley prevé para el enriquecimiento ilícito, a pesar de que ningún bien jurídico habría sido afectado (CALDERÓN, Guillermo Oliver. *Inconstitucionalidad del nuevo delito de enriquecimiento ilícito*, en: Rodríguez Collao, Luis (Coordinador): *Delito, pena y proceso*. op. cit. pág. 476).

el juicio de probabilidad de que todo enriquecimiento injustificado de un funcionario público necesariamente proviene de un delito contra el ejercicio de las funciones públicas, puesto que éste puede tener su origen tanto en cualquier clase de delitos como también en actos lícitos (no justificados). De esta manera, el delito de enriquecimiento ilícito no sólo presume la culpabilidad del funcionario público, sino que además lo que presume queda totalmente indeterminado. Por tanto, se concluye que la figura penal en estudio no es respetuosa con las exigencias del principio de culpabilidad.

### **3. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y SU ADECUACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE NATURALEZA PROCESAL CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN.**

Para combatir el fenómeno criminal el Estado configura su política criminal, la cual puede manifestarse de muchas y diversas formas. Entre sus instrumentos se encuentran las «normas penales» que definen las conductas desaprobadas por la sociedad que lesionan o ponen en peligro los bienes fundamentales de la convivencia del hombre y sus respectivas sanciones, como también las «normas procesales» que son reglas procedimentales tendientes a aplicar las normas penales y a ordenar el proceso que tendrá por objeto la búsqueda de la verdad sobre la comisión de un delito, la individualización de los supuestos autores, la determinación de sus respectivas responsabilidades y la imposición de las correspondientes consecuencias jurídico-penales.

El Derecho penal y el Derecho procesal penal forman parte de la configuración de la política criminal estatal y son ejes estructuradores del sistema de justicia penal como conjunto de instituciones vinculadas al ejercicio de la coerción penal y del castigo estatal. Si bien constituyen ámbitos jurídicos distintos y dotados de un conocimiento científico autónomo, nunca se ha puesto en duda que ambas disciplinas actúan de un modo estrechamente interrelacionado. En muchos textos puede leerse que el Derecho procesal penal sirve para la realización del Derecho penal. ROXIN por su parte manifiesta que bajo los aspectos conductores de la política criminal, las regulaciones de ambos están en una relación necesariamente complementaria. El orden jurídico-penal será tan bueno como lo permita el procedimiento para su realización y, a la inversa, una regulación procesal satisfactoria no es posible cuando no está concebida para el derecho material. Por eso este autor afirma que el Derecho penal y el Derecho procesal penal se corresponden estrechamente tanto en la teoría y en la investigación, como en la práctica jurídica<sup>163</sup>.

Antes de la sanción de la nueva CNP en el año 1992, estuvo vigente por más de cien años el CprocPPyo de 1890<sup>164</sup>, el cual se estructuraba en un esquema procesal inquisitivo que se caracterizaba entre otros aspectos por: a) la validación de pruebas obtenidas del y contra el imputado, b) la vulneración de muchos institutos procesales como la presunción de inocencia, que se investía contra el imputado durante la etapa del sumario o de recolección de datos a cargo de los jueces, c) el proceso penal podía ser iniciado, activado y fenecido por el juez, sin la necesidad de la intervención del fiscal, d) el proceso penal era totalmente escrito, e) la ausencia del ministerio público como órgano constitucional que tuviera a su cargo la promoción y

<sup>163</sup> ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. op. cit. págs. 6 y 7.

<sup>164</sup> El primer CprocPPyo fue sancionado el 22 de febrero del año 1890, el cual poseía un marcado esquema inquisitivo, autoritario y anulador del control social. Este fue erigido por dos dignos exponentes de la inmigración culta que llegó al Paraguay, los españoles Ricardo Brugada y Ramón Zubizarreta, quienes tomaron como fuente las legislaciones de España y Argentina. De España se basaron en las leyes de enjuiciamiento criminal anteriores al código de 1882, y de la Argentina, el código de 1888 a instancias del proyecto de Manuel Obarrio. De hecho, éste código nació “viejo” porque era desfasado con relación a las demás legislaciones extranjeras y a la doctrina francesa e italiana que ejercieron directa influencia en España, sino con relación a la propia legislación de la madre patria, donde ya estaba en vigor el código de 1882 (*Anteproyecto de código procesal penal de la república del Paraguay*. Fiscalía General del Estado. Asunción. Año 1994. pág. 4).

sostenimiento de la acción penal pública (sólo tenía la función de guardar y custodiar que las actuaciones se realizaran en debida forma, en el sentido de que se cumplieran las disposiciones legales establecidas) y f) el secreto del sumario impedía al imputado intervenir en el sumario, lo que significaba el desconocimiento de los elementos que el acusador tenía contra el imputado, sumiéndolo en una absoluta indefensión. Estos rasgos eran característicos de los sistemas políticos autoritarios y totalitarios que predominaron en los países de Latinoamérica durante la mayor parte del siglo XX, entre los que se encontraba el Paraguay<sup>165</sup>.

El regreso de la democracia trajo consigo un nuevo pensamiento cultural que impulsó la necesidad de cambiar el entonces modelo penal autoritario por otro propio del Estado democrático centrado en la dignidad de la persona humana y en el respeto de sus derechos fundamentales. El constituyente democrático, preocupado por los abusos cometidos durante mucho tiempo por la utilización del sistema penal para la coerción sistemática y la violación de los derechos humanos, decidió instituir en el propio texto constitucional de 1992 un elenco de normas que no sólo son considerados límites al *ius puniendi*, sino también como principios constituyentes del Derecho de castigar. La CNP<sup>166</sup> contiene un catálogo de pautas a las que el poder punitivo debe subordinarse y que a la vez constituyen garantías para todo ciudadano. Entre ellas se destacan las disposiciones normativas que tienen por objeto la salvaguarda de los derechos relativos a la libertad física (arts. 11, 12 y 13), la regulación de la prisión preventiva (art. 19) y el objeto de las penas (art. 20). Pero así también, establece un conjunto de garantías mínimas dirigidas a todo ciudadano que eventualmente pueda ser sometido a un proceso cuyo resultado derive en una sanción, las cuales están previstas en los siguientes artículos:

Art.16 «De la defensa en juicio»: *“La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes”*.

Art.17 «De los derechos procesales»: *“En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 1) que sea presumida su inocencia, 2) que se le juzgue en juicio público, salvo los casos contemplados por el magistrado para salvaguardar otros derechos, 3) que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales, 4) que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión favorable de sentencias penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal, 5) que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección, 6) que el Estado le provea de un defensor gratuito, en caso de no disponer de medios económicos para solventarlo, 7) la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación, 8) que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas, 9) que no se le opongán pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas, 10) el acceso, por sí o por intermedio de su defensor, a las actuaciones procesales, las cuales en ningún caso podrán ser secretas para ellos. El sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley, y 11) la indemnización por el Estado en caso de condena por error judicial”*.

Art.18 «De las restricciones de la declaración»: *“Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o contra la persona con quien está unida ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad inclusive”*.

<sup>165</sup> Sobre las particularidades de los sistemas penales inquisitivos en Latinoamérica, Vid: BINDER, Alberto. *Justicia penal y Estado de Derecho*. 2ª Edición actualizada y aplicada. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 2004. págs. 199-209.

<sup>166</sup> Disponible en: [www.constitution.org/cons/paraguay.htm](http://www.constitution.org/cons/paraguay.htm).



Los principios generales consagrados en esta relación de derechos básicos forman lo que se denomina el “programa penal de la Constitución”, cuyo contenido está integrado por postulados políticos-jurídicos y políticos-criminales que constituyen el marco normativo a través del cual el legislador penal debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar<sup>167</sup>. Estrictamente en relación al texto del art. 17, puede observarse que el objeto referencial de los derechos contenidos en este particular precepto es siempre “un proceso” que puede ser de cualquier tipo (civil, administrativo, disciplinario, etc.), pero como su propio encabezado lo indica, éste adquiere mayor relieve e importancia en los procesos penales. En efecto, el proceso penal consiste en una lucha entre pretensiones contrapuestas que enfrenta por un lado, el interés del Estado en la búsqueda de la verdad acerca de la comisión de un delito, y por el otro, el interés del procesado en la salvaguardia de sus derechos individuales fundamentales<sup>168</sup>. Pero por sobre todo, se erige como un elemento fundamental que contribuye al fortalecimiento de la seguridad jurídica de toda la sociedad, y por lo tanto, debe estar acompañado de un sistema de garantías cuyas piedras angulares –previstas en postulados constitucionales–, sean contemplados íntegramente y con fidelidad por su respectivo procedimiento. En razón a ello, los diversos derechos básicos contemplados en el art.17 y los demás preceptos que son su complemento, vienen a constituir el modelo constitucional del “debido proceso penal”, el cual está encaminado a resguardar al individuo ante el ejercicio de la fuerza estatal, es decir, es un escudo protector de la dignidad humana<sup>169</sup>.

Es comúnmente aceptado que el debido proceso o *due process of law* –expresión como se lo conoce en el Derecho anglosajón– tuvo sus orígenes en el cláusula XXXIX de la Carta Magna de Inglaterra aprobada por el Rey Juan sin tierra en el año 1215<sup>170</sup>. Posteriormente, este derecho fue reconocido –en virtud a la influencia de las leyes inglesas en las colonias americanas– en la Constitución de los EE.UU de 1787 en las enmiendas V y VI<sup>171</sup>, y desde ese entonces el derecho al debido proceso ha desarrollado un proceso de internacionalización que tuvo un fuerte impulso en el PIDCP aprobado por la asamblea general de la ONU en el año 1966, para luego ser incluido desde nuevos y varios matices en otras declaraciones, tratados y convenios internacionales. Como sostiene QUISPE REMÓN, la finalidad del debido proceso es en esencia, la garantía de un juicio limpio para las partes en cualquier proceso, entendiéndose por “juicio limpio” un proceso que reúna una serie de garantías mínimas tales como la

<sup>167</sup> NÚÑEZ RODRÍGUEZ, Víctor Manuel. *La constitución y el nuevo Sistema penal*. op. cit. pág. 132.

<sup>168</sup> ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2000. pág. 121.

<sup>169</sup> Sostienen CUELLAR y MONTEALEGRE que es común que en los países exista la tendencia de constitucionalizar el procedimiento. Por eso, en la norma superior de la mayoría de los Estados, incluso de aquellos con mayor tradición jurídica, se consagra un catálogo de garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial, con el fin de impedir que el futuro legislador desconozca los derechos fundamentales de las personas y, de otra parte, lograr la verdadera materialización de dichos derechos, alcanzando de esta forma la justicia, reconocida como valor supremo de todo ordenamiento jurídico (BERNAL CUÉLLAR, Jaime; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Tomo I. Bogotá. Año 2008. pág. 23).

<sup>170</sup> Dicha disposición expresa: “Ningún hombre libre podrá ser detenido, o encarcelado, o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley, ni desterrado, ni perjudicado de cualquier otra forma, ni procederemos ni ordenaremos proceder con él, sino en virtud de un juicio legal por sus pares y por la ley de la tierra”.

<sup>171</sup> Enmienda V: “Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, no se le obligará a declarar contra sí mismo en ninguna causa criminal; no se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin un debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización”.

Enmienda VI: “En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, que se le caree con los testigos que depongan en su contra, que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado para su defensa”.

-Posteriormente, en el año 1868 se aprueba la Enmienda XIV que también recoge el debido proceso legal.

instauración de un juez competente, independiente e imparcial nombrado con anterioridad a los hechos del proceso, el adecuado ejercicio de los derechos de defensa y que permita a la autoridad encargada de conocer el proceso pronunciarse de manera equitativa e imparcial, evitando con todas estas prerrogativas la emisión de resoluciones injustas<sup>172</sup>.

Como se ha apuntado, el contenido de esta garantía prevista en el art.17 produce sus efectos principalmente en procesos penales en los que la persona imputada ve seriamente amenazada su libertad, como también el conjunto de derechos que conforman sus libertades civiles, por el posible riesgo que conlleva la definitiva imposición de la sanción penal en la sentencia condenatoria o las medidas cautelares que puedan ordenarse durante el proceso. Por esta razón, el Estado Social de Derecho reconoce al imputado como sujeto del proceso y lo dota de derechos que garantizan que la intervención estatal se hará conforme a la ley. Sin embargo, debe admitirse que este arquetipo de derechos se sustenta en principios que van más allá de la legalidad. El debido proceso no sólo significa que el mismo esté ajustado a derecho, que sea legal, puesto que la legalidad puede estar reñida con la justicia, sino que debe estar adecuado, apropiado y conforme con los cánones que exige la dignidad del hombre, el humanitarismo y la justicia<sup>173</sup>.

Existe consenso en calificar al debido proceso como “derecho humano” ya que permite considerar válido un proceso o procedimiento, pero así también legitima la injerencia del Estado en los derechos del hombre, porque si al mismo le ha de ser impuesta una pena por la comisión de un delito, dicha decisión debe derivar de un proceso regular y justo, arropado de ciertas condiciones que respeten su persona, limiten la potencial acción arbitraria de los tribunales de justicia y regule la actuación de la administración pública (en relación a la actuación de los centros penitenciarios en el caso de que al procesado se le decrete su prisión preventiva durante la tramitación del proceso)<sup>174</sup>. Hemos afirmado en otra parte de esta investigación, que un acto, una orden o un gobierno son legítimos cuando la sociedad en general siente que es digno de obediencia. El grado de obediencia de las personas será más alto cuando el régimen, acto o la orden es legítima, en el sentido de que las personas sientan una razón moral o social superior que les lleve a obedecer aún en contra de sus propios intereses. En base a este razonamiento, cabe esperar que una decisión judicial que imponga una sanción penal tenga mayor consenso en cuanto a su contenido y justicia, si ha sido consecuencia de un proceso rodeado de todas las garantías y condiciones derivadas del principio del debido proceso penal.

En el ordenamiento jurídico paraguayo la garantía del debido proceso ha recibido la categoría de derecho fundamental de orden constitucional, y aunque algunos de sus enunciados se manifiestan en sentido sustantivo o material, su carácter es eminentemente procesal, y en la actualidad así se conoce y se lo mantiene en la mayoría de las legislaciones del mundo<sup>175</sup>. Siendo el imputado sujeto o parte en el proceso, su derecho al debido proceso le confiere un haz de derechos procesales irrenunciables que van desde el derecho a la defensa, el derecho a

<sup>172</sup> QUISPE REMÓN, Florabel. *El debido proceso en el Derecho internacional y en el sistema interamericano*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2010. pág. 73.

<sup>173</sup> HIDALGO MURILLO, José Daniel. *Debido proceso penal en el sistema acusatorio*. Editorial Flores. México, D.F. Año 2011. pág. 84.

<sup>174</sup> En este sentido manifiesta HOYOS que el debido proceso forma parte de los derechos de prestación porque obliga al Estado a asegurar ciertas condiciones en todo proceso. Es un derecho fundamental que resalta el aspecto positivo que vincula a la organización estatal a un deber positivo, de brindar una prestación a los ciudadanos (HOYOS, Arturo. *El debido proceso*. 2ª Reimpresión. Editorial Temis. Bogotá. Año 2004. pág. 4).

<sup>175</sup> QUISPE REMÓN, Florabel. *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*. op. cit. pág. 68. Así también lo entiende ESPARZA LEIBAR al sostener que por definición este derecho es procedimental, que se afianza con el establecimiento de una organización, la jurisdiccional, y con arreglo a unos principios universalmente consagrados que conforman el Derecho procesal: independencia judicial, imparcialidad, reglas probatorias, en fin, garantías procesales (ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del proceso debido*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1995. pág. 172).

conocer que se está siguiendo un proceso contra él y sobre qué hechos se basa la imputación, a intervenir activamente en el proceso, ofreciendo, practicando, controlando e impugnando pruebas o a adoptar una actitud pasiva según considere conveniente y el derecho a recurrir cualquier resolución que le sea desfavorable, entre otros.

La sanción de la nueva Constitución fue un paso importante hacia el mejoramiento y modernización de la justicia penal en el Paraguay, que no sólo tuvo sus efectos en el ámbito sustantivo, sino también en el procesal, puesto que el catálogo de garantías procesales instituidas en la carta magna obligó a los operadores de justicia a considerar como premisa válida la inconstitucionalidad del CprocPPyo de 1890<sup>176</sup>, lo que permitió la irrupción de iniciativas reformistas que culminaron en la promulgación en el año 1998 de la Ley N° 1286 “Nuevo Código Procesal Penal”<sup>177</sup>. La entrada de este ordenamiento jurídico trajo consigo la transformación del procedimiento penal que pasó del sistema inquisitivo al acusatorio, teniendo éste último sistema las siguientes características principales: 1) la oralidad del proceso, es decir, deja de ser escrito y secreto, 2) el ministerio público ejerce la acción penal pública en los casos en que no fuera necesaria instancia de parte<sup>178</sup>, 3) los jueces y tribunales sólo tienen la potestad de aplicar la ley, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, suprimiéndose la posibilidad de que el juez pueda iniciar el proceso penal como le estaba facultado en el sistema inquisitivo, 4) es contradictorio y participativo<sup>179</sup> y 5) es eminentemente garantista, ya que incorpora una serie de derechos procesales que derivan del modelo de debido proceso establecido en los arts. 16, 17 y 18 de la CNP, tales como el derecho a un juicio previo, el derecho a un juez independiente e imparcial, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la inviolabilidad de su defensa, el derecho a un único proceso y el derecho a la igualdad y oportunidades procesales.

<sup>176</sup> KRONAWETTER, Alfredo Enrique. *La situación de la víctima del hecho punible en el proceso penal Paraguayo*, en: Bertolino, Pedro (Coordinador): *La víctima del delito en el proceso penal latinoamericano*. Editorial Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires. Año 2003. pag. 451.

<sup>177</sup> Dispone en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l\\_20080616\\_73.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_73.pdf).

<sup>178</sup> Art. 14 del CprocPPyo: “La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este código concede a la víctima”.

-Art. 15 del CprocPPyo: “Los hechos punibles será perseguibles de oficio por el Ministerio Público, según lo establecido en este código y en las leyes”.

-Uno de los cambios más relevantes que ha experimentado el sistema procesal penal paraguayo constituye el nuevo protagonismo que poseen la institución del ministerio público y la figura del fiscal. En el anterior código procesal penal de 1890 la figura del fiscal desempeñaba un papel secundario en el procedimiento inquisitivo, inclusive, algunos autores lo llamaban “la quinta rueda del carro”, dando a entender que el proceso penal va o viene con o sin la presencia del fiscal, pues el juez podía iniciar oficiosamente el proceso y velar por los derechos del imputado y finalmente sin más, dictar la sentencia respectiva (En ese sentido, Vid: BAREIRO PORTILLO, Pablo. *Ministerio público. Instituciones del Derecho procesal penal*. Tomo I. Editorial Grafica D.C. Asunción. Año 2003. pag. 33; BINDER, Alberto. *Justicia penal y Estado de Derecho*. op. cit. pág. 210). El fiscal tiene la obligación de investigar todos los supuestos hechos punibles llegados a su conocimiento (noticia criminis mediante querrela, denuncia o nota policial), y si existe elementos de sospecha suficientes sobre la comisión de un delito, debe presentar acta de imputación y llevar adelante la acusación penal pública. Esta es la exigencia que el sistema acusatorio impone al fiscal penal, y a su vez lo convierte en director de las investigaciones sobre los supuestos hechos punibles, por la sencilla razón que investigar y acusar son las dos caras de una misma moneda, en el sentido de que se investiga para saber si se acusará, y se acusa de lo que se ha investigado. Así, el principio acusatorio (*nemo iudex sine actore*) supone la necesidad de que exista una acusación sostenida por el ministerio público para que se pueda abrir el juicio oral y se debata el objeto del proceso.

<sup>179</sup> En aras a la igualdad procesal y al respeto del derecho de defensa, los medios de investigación y todas las pruebas obtenidas se encuentran a disposición del imputado. Todas las partes del proceso, es decir, imputado, querrela y ministerio público, deben tener los mismos recursos y oportunidades para alcanzar las fuentes de información, procesarla, analizarla e integrarla en interés de la estrategia procesal que presentarán ante el órgano jurisdiccional. De esta forma, se construye un debate a ser desarrollado en el posterior juicio oral que está enriquecido de contenido e información que facilitará una adecuada decisión por parte del juzgador. Por lo tanto, el juicio oral se erige como la instancia procesal necesaria e imprescindible para la aplicación del derecho penal material, que se concreta a través de audiencias concentradas y continuas en las que las partes presentan sus alegaciones y sobre las cuales se expedirá el respectivo tribunal de sentencia en relación al caso puesto a su conocimiento.

Aún teniendo una legislación procesal moderna e innovadora como la recién mencionada, bien es cierto que los derechos y garantías establecidos en ella dirigidos a la protección del ciudadano podrían ser mermados con las tendencias político criminales contemporáneas derivadas de la sociedad del riesgo en la que vivimos actualmente. En efecto, SILVA SÁNCHEZ ha puesto de relieve la tendencia dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales que se manifiestan por la flexibilización y relativización de los principios político criminales de garantía, y que corresponden a un marco general de restricción o reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal<sup>180</sup>. Esta tendencia –que no es otra cosa que un proceso de expansión según el citado autor–, ha producido un cambio progresivo en varios sectores del Derecho penal objetivo con la aparición de comportamientos penales de dudosa legitimidad, lejanos a la efectiva lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos o cuya estructura típica anticipadamente tiene por culpable a la persona sindicada como autor, invirtiendo sobre su persona la carga de la prueba de su inocencia.

En relación a este último supuesto, pareciese que el legislador bajo el estandarte de la lucha contra el crimen ha querido primar la eficacia del *ius puniendi* creando delitos de sospecha para resolver problemas de prueba de determinados comportamientos con total detrimento de las garantías procesales como el derecho a la defensa, el derecho a la presunción de inocencia (y el correlativo *in dubio pro reo*) y el deber del ministerio público de probar los hechos punibles que le imputa a un ciudadano. Esta vorágine expansionista ha afectado también a los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas, y prueba de ello es el delito de enriquecimiento ilícito. La aplicación de esta clase de figuras penales supone un atentado contra el principio de la igualdad de armas en el proceso (*fair trial*), puesto que en estos casos el fiscal no tiene que probar nada, debiendo solamente demostrar los indicios entorno a los cuales el legislador ha formado el tipo penal, y deja en manos del imputado la tarea de desvirtuar la presunción de culpabilidad que pesa sobre su persona si quiere evitar la sanción contemplada en el delito que se le atribuye.

En el ámbito de la lucha contra la corrupción, el legislador ha tenido que recurrir a esta técnica legislativa para paliar los efectos negativos de una insuficiente legislación anticorrupción, que no proporciona respuestas adecuadas ya que no tipifica delitos específicos para este fenómeno, ni procesalmente atiende a sus peculiaridades. Al respecto, sostiene ASENCIO que las normas procesales penales están pensadas para la persecución de una determinada delincuencia contra la propiedad, pero no para la promovida y ejecutada por quienes son el mismo Estado y disponen de todos los resortes legales para la comisión de tales hechos. Esta realidad ha hecho surgir la ineludible necesidad de modificar la interpretación de ciertos principios que, artificialmente contruidos sobre bases teóricas aparentemente sólidas, se alzan como un obstáculo insalvable para la represión de conductas de corrupción<sup>181</sup>. La expansión del *ius puniendi* afecta y repercute en el procedimiento penal resultando sencillo influir de modo máximo en las exigencias de la verificación de los presupuestos de punibilidad, e incluso, burlar las exigencias que el Derecho procesal penal ha colocado como presupuestos de la decisión estatal sobre la pena<sup>182</sup>. Esto nos da la pauta que la demanda de seguridad no sólo ha funcionalizado al sistema penal como instrumento flexible de las necesidades político criminales,

<sup>180</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal*. op. cit. pág. 5. Así también, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Editorial BdeF. Montevideo-Buenos Aires. Año 2007. pág. 137; HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho penal de hoy*. Traducido por Patricia S. Ziffer. Colección de Estudios N° 10. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Año 1998. pág. 55.

<sup>181</sup> ASENCIO, José María. *La lucha contra la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito*. Notario del Siglo XXI N° 32. Año 2010. pág. 16.

<sup>182</sup> Para HASSEMER, los principios del proceso penal, aun cuando estén altamente concretados, políticamente siempre están en peligro por una ciencia manejada por objetivos extraños, es decir, finalizada (HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho penal de hoy*. op. cit. pág. 64).

sino también ha desformalizado sus estructuras dogmáticas y sus principios limitadores<sup>183</sup>, de ahí que se sostenga que la sociedad del riesgo ha hecho que los contenidos del Derecho penal y procesal penal se acomoden a las especiales dificultades que plantea la persecución de esta nueva clase de criminalidad.

Una criminalización de esta naturaleza, que sólo tiende a justificarse en sus fines y no tiene en cuenta los costes que conlleva la pérdida de derechos fundamentales es inaceptable, como tampoco lo es la averiguación de la verdad sobre la comisión de un hecho punible a cualquier precio<sup>184</sup>. Estas facultades deben realizarse respetando la normativa constitucional y procesal que existe en relación al debido proceso, porque de lo contrario, si se deja que se expanda el Derecho penal y la pena estatal sin límites, condena al procedimiento judicial establecido para su realización a la ineficiencia<sup>185</sup>. Por eso, hoy más que nunca se pone de relieve la importancia de los derechos y garantías procesales como límites a la violencia estatal. Parece necesario recordar al legislador que en un Estado de Derecho el sistema penal se encuentra obligado a proporcionar protección jurídica y a salvaguardar las garantías sustantivas y procesales que justamente son establecidas para quien infringe el Derecho.

### 3.1. Con relación al derecho a la presunción de inocencia.

En este apartado nos ocuparemos de averiguar si el delito de enriquecimiento ilícito supone algún tipo de incompatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia. Es importante destacar que la presunción de inocencia ha dejado de ser un simple principio teórico para convertirse actualmente gracias a su constitucionalización en un auténtico derecho fundamental del ser humano que forma parte de las garantías del debido proceso, el cual se dirige a toda persona que se encuentra sometida a un proceso del cual pudiera derivar una sanción que restrinja su libertad u otros derechos fundamentales. Así lo ha establecido el Constituyente paraguayo en el art. 17.1 de la CNP que dice: “en el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: ...1. que sea presumida su inocencia”.

Ya en el siglo XVIII, BECCARIA patentaba en sus ideas a la presunción de inocencia como garantía penal y procesal de aquellos ciudadanos que eran acusados de delitos no probados. Decía este autor: “un hombre no puede llamarse reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concebida. ¿Qué derecho sino el de la fuerza será el que dé potestad al juez para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente?”<sup>186</sup> Hoy en día el derecho a la presunción de inocencia alcanza el mayor rango normativo en los países desarrollados y se encuentra incluido en varios instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos como en la DUDH de 1948 (art.11.1) y en el PIDCP de 1966 (art.14.2), ambos de la ONU; en la CADH (art. 8.2) y en el Convenio europeo para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (art. 6.2).

Este derecho fundamental esta compuesto por dos reglas. La primera representa una *regla de tratamiento* que expresa que toda persona acusada de un delito es inocente hasta que se demuestre lo contrario, y así se lo debe considerar durante el tiempo que dure el proceso que dirima la constatación de su culpabilidad. La segunda implica una *regla de juicio* que expresa

<sup>183</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Editorial Civitas. Madrid. Año 2001. pág. 92.

<sup>184</sup> SANTOS BASANTES, Jaime. *El debido proceso penal*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. Año 2009. pág. 15.

<sup>185</sup> MAIER, Julio. *Constitución y procedimiento penal*, en: Schöne, Wolfgang (Coordinador): *Estado de Derecho y orden jurídico-penal*. III Jornada Internacional. Asunción. Año 2006. pág. 59.

<sup>186</sup> BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. op. cit. pág. 165.

que el juez sólo puede imponer una pena cuando se ha demostrado en juicio la plena culpabilidad del imputado en el hecho punible que se le atribuye. Esta regla se halla vinculada básicamente a la prueba de los hechos sindicados al imputado que son objeto del proceso, a quien incumbe exclusivamente a la parte acusadora, es decir, al ministerio público<sup>187</sup>. Aunque se acepte sin reparos que este derecho constituye una insoslayable garantía que protege mayormente al ciudadano en el proceso penal, hay que tener en cuenta que sus efectos tienen un alcance mucho mayor que el meramente procesal<sup>188</sup>, siendo en la actualidad un principio vinculante para todos los poderes del Estado que no solamente incumbe directamente al Poder Judicial como hemos señalado, sino también y de una especial forma al Poder Legislativo en el momento de crear o modificar leyes penales sustantivas<sup>189</sup>. En este ámbito la presunción de inocencia tiene plena operatividad y representa un límite frente al legislador a quien veda, por ejemplo, la incriminación de delitos de sospecha que presumen la culpabilidad de su autor<sup>190</sup>.

El derecho a la presunción de inocencia comienza protegiendo al ciudadano otorgándole un estado o status jurídico que garantiza que toda persona imputada de un delito será considerada inocente hasta que se demuestre lo contrario. Pero para que la presunción de inocencia efectivamente comporte un verdadero instrumento frente al poder público, es indispensable primeramente que el legislador establezca leyes procesales que aseguren al imputado el tratamiento de inocente durante la substanciación del juicio por parte de las autoridades intervinientes en la administración de justicia<sup>191</sup>. En ese sentido, el CprocPPyo acoge expresamente al derecho a la presunción de inocencia en el art.4: “Se presumirá la inocencia del imputado, quien como tal será considerado durante el proceso, hasta que una sentencia firme declare su punibilidad. Ninguna autoridad pública presentará a un imputado como culpable o brindará información sobre él en ese sentido a los medios de comunicación social. Sólo se podrá informar objetivamente sobre la sospecha que existe contra el imputado a partir del auto de apertura a juicio. El juez regulará la participación de esos medios, cuando la difusión masiva pueda perjudicar el normal desarrollo del juicio o exceda los límites del derecho a recibir información”. El derecho a la presunción de inocencia garantiza que el imputado sea considerado inocente, lo cual no implica que de hecho lo sea. Sin embargo, solamente la sentencia firme que declare legalmente la culpabilidad del imputado más allá de toda duda razonable puede poner fin a este tratamiento beneficioso, levantando la protección provisional que otorga el derecho a la presunción de inocencia, y además, justifica la legitimidad de la acción punitiva del Estado. Tal como dice el citado precepto, la protección del derecho a la presunción de inocencia se extiende a ámbitos extraprocesales exigiendo a los medios de comunicación que otorguen el tratamiento de inocente a los imputados cuando se refieran a ellos

<sup>187</sup> MESTRE DELGADO, Esteban. *Desarrollo jurisprudencial del Derecho constitucional a la presunción de inocencia*. ADPCP N° 38. Año 1985. pág. 735; MORENO CATENA, Víctor. *La garantía de los derechos fundamentales durante la investigación penal*, en: Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales. Cuadernos penales José María Lidón N° 7. Universidad de Deusto. Bilbao. Año 2010. pág. 21; VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Editorial La Ley. Madrid. Año 1993. págs. 35 y 36.

<sup>188</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis. *Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la constitución*. RJCM N° 1. Año 1987. pág. 105.

<sup>189</sup> Para BELLOCH el derecho a la presunción de inocencia vincula a todo el poder judicial, y no sólo a los órganos judiciales de la jurisdicción criminal, y que, de igual modo, vincula también al poder legislativo, inclusive considera a este derecho como un supraprincipio que despliega su eficacia, no sólo en muchos otros ámbitos del derecho penal, tanto procesal como sustantivo, sino también, en otras ramas del ordenamiento jurídico (BELLOCH, Alberto. *Algunas precisiones en torno a la presunción de inocencia*, en Beristain, Antonio; De la Cuesta, José Luis (Compiladores): *Los derechos humanos ante la criminología y el derecho penal*. Universidad del País Vasco. San Sebastian. Año 1985. pág. 34). Así también, GODINHO, Jorge A.F. *Do crimen de riqueza injustificada (Art. 28 Da lei N° 11/2003, de 28 de julio)*. op. cit. pág. 34.

<sup>190</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Presunción de inocencia no minimizada*. op. cit. pág. 1247.

<sup>191</sup> OVEJERO PUENTE, Ana María. *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2006. pág. 116.

en sus informaciones al público sobre causas penales<sup>192</sup>.

El postulado “toda persona imputada es inocente mientras no se demuestre lo contrario” consagrado en el derecho a la presunción de inocencia, es violentado mediante la creación de tipos penales de sospecha que consideran culpable a su autor hasta que éste demuestre lo contrario. El trato y la consideración como no autor o partícipe de un hecho punible imposibilita un adelantamiento de la consecuencia jurídico-penal, que sólo puede imponerse recién en el momento procesal oportuno y mediante la correspondiente sentencia condenatoria que declare la culpabilidad del imputado. MESTRE DELGADO afirma que la presunción de inocencia representa una insoslayable garantía procesal que determina la exclusión de la presunción de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, gozando de una presunción *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad<sup>193</sup>. El legislador al tipificar el enriquecimiento ilícito como delito de sospecha, no ha sido coherente con el trato y consideración de inocente que la Constitución y las leyes otorgan a toda persona bajo proceso penal, pues si el funcionario realiza una conducta que cumple con todos los elementos del injusto, es decir, si adquiere bienes o cancela obligaciones cuyo valor sobrepasa sus legítimas posibilidades económicas durante el ejercicio de su cargo público, automáticamente nace la presunción en su contra de que ha cometido hechos punibles de corrupción que han posibilitado su mejoría patrimonial, a pesar de que dicha sospecha no se deduzca directamente de ninguno de los elementos objetivos previstos en el tipo.

Así, desde la formulación de la imputación la pena queda virtualmente aplicada al sujeto porque se le castiga con base en la prueba de parte de los elementos de la figura delictiva y en la presunción de la concurrencia de otros, a no ser que luego el imputado acredite fehacientemente la inexistencia de la presunción para que efectivamente no le sea aplicada la pena. En caso contrario, resulta del todo claro que la pena no se impone por haberse probado la culpabilidad del agente con respecto a un determinado hecho, sino que la misma depende únicamente del valor de su aumento patrimonial y de su capacidad de justificar la procedencia lícita los bienes que posee. En un Derecho penal garantista, la pena se fundamenta en la culpabilidad, y ésta sólo es relevante cuando viene judicialmente comprobada, por lo que toda sanción que solamente se fundamenta en un hecho presunto infringe el principio de culpabilidad como elemento legitimador de la sanción penal<sup>194</sup>.

No hay que olvidar que en materia penal sustantiva, el derecho a la presunción de inocencia constituye un límite frente a la potestad creadora de tipos penales del legislador, y en virtud a ese límite son nulos los preceptos penales que establecen una responsabilidad basada en hechos presuntos o en presunciones de culpabilidad<sup>195</sup>. Además, la presunción que se desprende del delito de enriquecimiento ilícito tiene el efecto negativo de desvirtuar la finalidad de todo proceso penal, pues en cuanto a esta figura el proceso no se instaura para el descubrimiento de la verdad sobre si determinados indicios atribuidos al funcionario son constitutivos de delito, sino para que éste desmienta la presunción que pesa sobre su persona y pueda librarse de la pena que

<sup>192</sup> La finalidad de esta parte de la norma es regular el conflicto entre este derecho y la libertad de información, especialmente a través de los llamados “juicios paralelos”, y en ese sentido, concede al juez la facultad de exigir a los medios de comunicación la difusión de información veraz sobre el proceso y la limitación de cualquier intromisión perjudicial a los derechos del imputado, como por ejemplo, la publicación en un medio de comunicación de una noticia que califique a una persona como autor de un delito antes de la sentencia. Al respecto, el art. 22 de la CNP dice: “De la publicación sobre procesos. La publicación sobre procesos judiciales en curso debe realizarse sin ningún prejuzgamiento. El procesado no debe ser presentado como culpable antes de la sentencia ejecutoriada”.

<sup>193</sup> MESTRE DELGADO, Esteban. *Desarrollo jurisprudencial del Derecho constitucional a la presunción de inocencia*. op. cit. pág. 728.

<sup>194</sup> MAUGERI, Anna Maria. *La sanzione patrimoniale fra garanzie ed efficienza*, en: Zuccalá, Giuseppe (Director): *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*. Anno IX. Julio-septiembre. 1996. pág. 867.

<sup>195</sup> BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Algunas reflexiones a raíz de la nueva formulación del principio de culpabilidad en el anteproyecto de código penal de 1992*. op. cit. pág. 347.

el tipo penal ya le ha impuesto de antemano. Un proceso penal con estas características infringe el derecho a la presunción de inocencia, y por lo tanto es nulo e inconstitucional de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 165 y 166 del CprocPPyo<sup>196</sup>.

Por otro lado, el derecho a la presunción de inocencia concreta su eficacia protectora como regla de juicio en la sentencia que incide en el ámbito probatorio, conforme a la cual la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada<sup>197</sup>. En ese sentido, GUERRA SAN MARTÍN, BELLOCH y LÓPEZ DE LA CALLE califican a la presunción de inocencia como un derecho subjetivo público, autónomo e irreversible del que está investida toda persona física acusada de un delito y consistente en desplazar sobre la parte acusadora la carga cumplida de los hechos de la acusación viniendo obligado el juez o tribunal a declarar la inocencia si tal prueba no tiene lugar<sup>198</sup>. El principal efecto del derecho a la presunción de inocencia es la imposición a la parte acusadora la carga de la prueba de la certeza de culpabilidad, que no es otra cosa que la prueba de todos los elementos objetivos, subjetivos y circunstancias del delito que se le atribuye al imputado.

Esta premisa constituye uno de los principios rectores del proceso penal acusatorio, la cual es adoptada en el art. 268 de la CNP: “Son deberes y atribuciones del Ministerio Público: ...3) ejercer la acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el medio ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas”. Por imperio constitucional y legal, el órgano acusador encargado de impulsar la acción penal pública en el sistema jurídico-penal paraguayo es el ministerio público. Del mismo modo el CprocPPyo atribuye el ejercicio de la acción penal pública y la carga de la prueba al ministerio público en varios preceptos, art.14: “La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al ministerio público, sin perjuicio de la participación que este código concede a la víctima”; art.18: “El ministerio público estará obligado a promover la acción penal pública de los hechos que lleguen a su conocimiento, siempre que haya suficientes indicios fácticos de la existencia de los mismos”; y art.53: “La carga de la prueba corresponderá al ministerio público, quien deberá probar en el juicio oral y público los hechos que fundamentan su acusación”. De los preceptos citados puede extraerse la idea de que la prueba de la culpabilidad es la carga y, a la vez, el límite que se establece al poder del Estado en el proceso acusatorio para que la imposición del castigo sea legítima<sup>199</sup>, tarea que corresponde exclusivamente al ministerio público.

<sup>196</sup> Art. 165 del CprocPPyo: “No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la constitución, en el Derecho internacional vigente y en este código, salvo que la nulidad haya sido convalidada”.

-Art. 166: “Nulidades absolutas. Además de los casos expresamente señalados en este código, será consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que este código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la constitución, el Derecho internacional vigente y este código”.

- En ese sentido, puede citarse la postura adoptada en la STC 105/1988 de fecha 8 de junio, sobre el antiguo art. 509 del CPE (tenencia de ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo), que expresa que es contrario al derecho fundamental a la presunción de inocencia toda interpretación que se extraiga de un delito que contenga una presunción contra reo y además *iuris tantum*, produciendo una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponda exclusivamente al acusado a través de su debido descargo.

<sup>197</sup> MONTAÑES PARDO, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Editorial Aranzadi. Pamplona. Año 1999. pág. 41.

<sup>198</sup> GUERRA SAN MARTÍN, José; BELLOCH, Juan Alberto; TORRES Y LÓPEZ DE LA CALLE, Enrique. *El derecho a la presunción de inocencia*. op. cit. pág. 1185.

<sup>199</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena María. *La presunción de inocencia como criterio de aplicación del Derecho penal*, en: Carbonell Mateu, Juan Carlos; González Cussac, José Luis; Orts Berenguer, Enrique (Directores): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*. Tomo II. op. cit. pág. 855.



La doctrina es coincidente al otorgar a la presunción de inocencia el carácter *iuris tantum*, dado que en el proceso penal se parte de que el acusado es en principio inocente. Dicha presunción funciona a través de un esquema que tiene como hecho base la atribución de unos hechos constitutivos de delito a un sujeto, el cual se encuentra unido por un enlace lógico a una determinada consecuencia de carácter negativo, que es la consideración de que no ha cometido esos hechos (o por lo menos, que no ha intervenido en la forma que los hace subsumibles en alguno de los tipos penales que se le atribuye), hasta que dicha presunción quede desvirtuada por una mínima actividad probatoria de cargo que demuestre su culpabilidad. La imposibilidad de penar sin la demostración fehaciente, con grado de certeza de la autoría culpable, es porque todo imputado se encuentra investido del estado jurídico de inocencia que cesa únicamente por obra de una sentencia judicial como conclusión de un proceso regular que así lo declare, conforme a las circunstancias de hecho debidamente acreditadas y a la aplicación del derecho pertinente. De ahí que la razón misma de la existencia del proceso como método averiguativo y dialéctico de determinación de un hecho delictivo y de la responsabilidad del autor en su comisión u omisión, surge del estado jurídico de inocencia, ya que precisamente, se transita el proceso para saber si están dadas las condiciones legales para el juicio afirmativo de culpabilidad y la consecuente aplicación de pena<sup>200</sup>. Por lo tanto, la presunción de inocencia tiene una existencia temporal, que nace con la pretensión acusadora y se mantiene durante todo el proceso condicionado a la sentencia absolutoria o condenatoria<sup>201</sup>.

En base a estos argumentos puede afirmarse que la presunción de culpabilidad que contiene el delito de enriquecimiento ilícito vulnera de modo flagrante el derecho a la presunción de inocencia en su función de regla de juicio, puesto que esta figura obliga al imputado la prueba de su inocencia para que la pena no sea aplicada efectivamente sobre su persona, lo cual constituye una inversión de la carga de la prueba incompatible con el modelo de proceso penal adoptado en el CprocPPyo y con el contenido que la Constitución consagra a este derecho. Esta consecuencia es advertida en la doctrina paraguaya por BOGARIN: “la ley que previene y reprime el enriquecimiento ilícito establece el principio de inversión de la carga de la prueba; vale decir, es el acusado quien debe probar en el proceso que ha obtenido bienes que forman parte de su patrimonio en forma legítima”<sup>202</sup>.

GASCÓN INCHAUSTI nos dice que la expresión «inversión de la carga de la prueba» realmente designa un fenómeno de nacimiento de la carga de la contraprueba, provocado por la operatividad de una presunción en un determinado ámbito: la existencia de una presunción legal o la construcción durante el proceso por la parte activa de una presunción judicial que hace nacer en la parte contraria la carga de la prueba en contrario para evitar los efectos anudados a la presunción<sup>203</sup>.

La circunstancia de considerar al funcionario público culpable de un delito funcional indeterminado hasta que pruebe que no ha incurrido en ningún delito para enriquecerse, invirtiendo la carga de la prueba en su contra, es la característica que más rechazo y acérrima crítica ha recibido este delito por parte de la doctrina. Al ser su *ratio legis* la falta o incapacidad

<sup>200</sup> VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo; CENTURIÓN ORTIZ, Rodolfo Fabián. *Ley N° 1286/89 Código procesal penal comentado*. Editorial Continental. Asunción. Año 2005. págs. 30 y 31.

<sup>201</sup> GUERRA SAN MARTÍN, José; BELLOCH, Juan Alberto; TORRES Y LÓPEZ DE LA CALLE, Enrique. *El derecho a la presunción de inocencia*. op. cit. pág. 1190. Coincidente con estas ideas, la CSJP ha sostenido en el AyS N° 204 de fecha 3 de abril de 2009 que la falta de certeza de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia construida por la ley que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución.

<sup>202</sup> BOGARÍN GONZÁLEZ, Jorge Enrique. *Garantías constitucionales en el nuevo proceso penal. La presunción o estado de inocencia*, en: Camacho, Emilio; Lezcano Claude, Luis (Compiladores): *Comentario a la constitución*. Tomo II. op. cit. pág. 54. cita N° 5.

<sup>203</sup> GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El decomiso transfronterizo de bienes*. op. cit. pág. 89.

de prueba del Estado para descubrir y castigar actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, el legislador ha elegido determinados indicios que representan la fase de agotamiento de los supuestos delitos con los que cree que el funcionario público ha conseguido enriquecer su patrimonio y los ha convertido en elementos objetivos de un tipo penal distinto, decidido a toda costa a no dejar impune la criminalidad existente en la función pública relacionada con la corrupción. Sólo si el imputado demuestra de forma concluyente que su incremento patrimonial tiene origen en fuentes legítimas, será una explicación suficiente para disipar la presunción en su contra y ordenar así su exculpación. De esta manera, la inversión de la carga de la prueba surge de la intención de detener al autor de otro delito sin la necesidad de tener que probar ese ilícito. Así, la falta de pruebas en relación al delito precedente viene superada por el riesgo de no demostrar la legítima procedencia de los bienes que la norma impone<sup>204</sup>. Todo esto nos lleva a pensar que la suerte del imputado depende de la suficiente actividad probatoria de descargo que presente, de la fuerza disuasoria de su justificación y de la mayor o menor credulidad del tribunal juzgador<sup>205</sup>.

Teniendo a la vista el tipo penal de enriquecimiento ilícito, es claro que el legislador sospecha que en el enriquecimiento patrimonial injustificado de un funcionario público subyace una actividad delictiva, pero como no puede acreditarla efectivamente por dificultades probatorias, ha decidido utilizar un atajo: en vez de que el Estado acredite lo que sospecha, se le impone al funcionario público la tarea de demostrar su inocencia<sup>206</sup>. Es aquí donde entra en juego la inversión de la carga de la prueba, pues como dice SANCINETTI, si la gran dificultad práctica está en la prueba de los hechos concretos –refiriéndose a los delitos que se sospechan–, la inversión de la prueba debería servir, en el mejor de los casos, a la utilidad práctica de poder probar los hechos concretos: la concusión, el peculado, las negociaciones incompatibles, etc<sup>207</sup>. Entonces, si el funcionario público no prueba la licitud de su aumento patrimonial se revalida la sospecha y en ese caso no podría sustraerse a la pena. Hoy en día sorprende de sobremanera que en un Estado como el paraguayo, que cuenta con una Constitución relativamente nueva y con un sistema normativo penal y procesal garantista, exista un tipo penal sancionado por los representantes de los ciudadanos que contenga una afirmación tan contradictoria como la que sostiene que es el imputado quien debe probar su inocencia. Al respecto decía PACHECO que la presunción exime de prueba al que la tiene favorable, e impone la obligación de acreditar, de justificar su dicho, al que por desgracia la tiene inversa<sup>208</sup>, por lo que en nuestro caso es obvio que el beneficiado es el Estado (representado por el ministerio público) y el que sufre la desgracia de la presunción es el imputado.

La inversión de la carga probatoria que aquí se observa es claramente descrita por ZARAZO OVIEDO: “el funcionario es quien debe soportar la carga de la prueba y por lo tanto a falta de prueba o cuando ésta es insuficiente, la carga se resuelve a favor de la parte contraria a la que la soporta. En definitiva es el Estado quien gana y es el funcionario quien pierde, pues resulta culpable de manera inevitable”<sup>209</sup>. Este profundo cambio de principios asumido por el legislador en la norma en estudio, es ilegítima desde el momento en que la Constitución

<sup>204</sup> MAUGERI, Anna Maria. *La sanzione patrimoniale fra garanzie ed efficienza*. op. cit. pág. 852.

<sup>205</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Constitución y Derecho penal*. CPC N° 37. Año 1987. pág. 61. En ese sentido, los tribunales de la India han afirmado en sus sentencias sobre enriquecimiento ilícito que la justificación debe presentar una satisfactoria explicación sobre el origen lícito del incremento patrimonial del funcionario público basada en solidas evidencias, las cuales no sólo deben ser plausibles sino también convincentes (MUZILA, Lindy; MORALES, Michelle; MATHIAS, Marianne; BERGER, Tamar. *On the take. Criminalizing illicit enrichment to fight corruption*. op. cit. pág. 25).

<sup>206</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno*. op. cit. pág. 794.

<sup>207</sup> SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. pág. 27.

<sup>208</sup> PACHECO, Joaquín Francisco. *Estudios de Derecho penal*. 5ª Edición. Madrid. Año 1887. pág. 76.

<sup>209</sup> ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. *El enriquecimiento ilícito. Aspectos jurídico-procesales*. op. cit. pág. 80.

garantiza un estado o presunción de inocencia, además, los ciudadanos imputados no tienen absolutamente nada que demostrar porque esta tarea corresponde a la parte acusadora<sup>210</sup>. Debe matizarse que el objeto de todo proceso penal es la búsqueda de la verdad sobre la culpabilidad de unos hechos concretos que se le imputan a un ciudadano, y no la comprobación de su inocencia. En ese sentido, VIVES ANTÓN sostiene: “demostrar la inocencia no es el objetivo de los procedimientos criminales que, por lo tanto, no pretenden ofrecer un relato de los hechos tal y como ocurrieron; sino sólo asegurarse de que el que ha de sufrir la pena es verdaderamente culpable<sup>211</sup>. Tanto ha sido el reproche a la inversión de la carga probatoria que ciertos países han llegado a la exageración de introducir una cláusula en sus tipos penales de enriquecimiento ilícito que recuerda que la acusación es quien debe probar la culpabilidad del imputado. Así, el art. 241 (bis) del código penal chileno dispone en su párrafo tercero: “la prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público”.

Si bien la presunción que contiene este tipo penal es *iuris tantum*, es decir, permite prueba en contrario, existen situaciones en que la propia esencia de la presunción restringe esa carga procesal al propio imputado. En primer lugar, todo funcionario público que soporta un proceso penal en el que se le imputa el delito de enriquecimiento ilícito necesariamente debe presentar pruebas suficientes que demuestren su inocencia, a pesar de que dicha carga no le corresponde; sin embargo, ¿que ocurre si decide abstenerse a declarar y permanecer en silencio durante el proceso como estrategia de defensa? De hecho, esta opción procesal no siempre favorece al imputado, pero en muchos casos es una estrategia de defensa utilizada cuando no hay pruebas que aportar o cuando la declaración no beneficia a la posición de la defensa (una declaración no sustentable en otras pruebas o fácilmente contradicha por las pruebas de cargo de la acusación)<sup>212</sup>. El derecho a abstenerse a declarar o a permanecer callado es un derecho imprescindible del imputado que forma parte de las garantías del debido proceso y se encuentra reconocido en varios artículos del CprocPPyo<sup>213</sup>. Que el imputado se acoja a este derecho en un

<sup>210</sup> BOGARÍN GONZÁLEZ, Jorge Enrique. *Garantías constitucionales en el nuevo proceso penal. La presunción o estado de inocencia*. op. cit. pág. 52; GUERRA SAN MARTÍN, José; BELLOCH, Juan Alberto; TORRES Y LÓPEZ DE LA CALLE, Enrique. *El derecho a la presunción de inocencia*. op. cit. pág. 1188; VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo; CENTURIÓN ORTIZ, Rodolfo Fabián. *Ley N° 1286/89 Código procesal penal comentado*. op. cit. pág. 172; MONTAÑES PARDO, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. op. cit. pág. 81.

<sup>211</sup> VIVES ANTÓN, Tomás. *Más allá de toda duda razonable*. Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico. N° 2. Año 2007. pág. 183.

<sup>212</sup> Manifiesta BERTOLINO que la experiencia certifica que hay una cierta convicción generalizada, tanto en el propio imputado como en sus defensores, en el sentido que el no declarar y pese a que la ley formalmente dispone la no existencia de presunción de culpabilidad, en algún modo los coloca en una situación desfavorable frente al resultado definitivo de su causa (BERTOLINO, Pedro. *El debido proceso penal*. Editorial Platense. La Plata (Argentina). Año 1986. pág. 108).

<sup>213</sup> Art. 75 del CprocPPyo: “Derechos del imputado. Al imputado se le asegurarán las garantías necesarias para su defensa, informándole de manera inmediata y comprensible, por parte de la Policía Nacional, del Ministerio Público y de los jueces, los derechos a: ...6) abstenerse de declarar, y si acepta hacerlo, a que su defensor esté presente al momento de rendir su declaración y en aquellas otras diligencias en que se requiera su presencia”.

- Art. 84. “Libertad de declarar, oportunidades y autoridad competente. El imputado tendrá derecho a declarar y a abstenerse de declarar, como también a declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca como un medio dilatorio en el procedimiento”.

- Art. 86. “Advertencias preliminares. Al comenzar la audiencia, el funcionario competente que reciba la indagatoria comunicará detalladamente al imputado el hecho punible que se le atribuye y un resumen del contenido de los elementos de prueba existente. También se pondrán a su disposición todas las actuaciones reunidas hasta ese momento. Antes de comenzar la declaración, se le advertirá que podrá abstenerse de hacerlo y que esa decisión no será utilizada en su perjuicio”.

- Art. 383 “Declaración del imputado y presentación de la defensa. Una vez definido el objeto del juicio, el presidente dispondrá que el defensor explique su defensa, siempre que lo estime conveniente. Inmediatamente recibirá declaración al imputado, explicándole con palabras claras y sencillas el hecho que se le imputa, con la advertencia de que podrá abstenerse de declarar y que el juicio continuará aunque él no declare”.

proceso sobre el delito de enriquecimiento ilícito, lejos de ser una estrategia procesal favorable, es una prueba más que refuerza la presunción que existe en su contra dado que este delito se sustenta principalmente en la no realización de una conducta de descargo que demuestre que el enriquecimiento patrimonial ha tenido origen en fuentes lícitas. En ese sentido, SAUMELL y CONTI indican que en esta figura penal el legislador impone al acusado la obligación de declarar para justificar el origen de su incremento patrimonial, pues su silencio será suficiente para condenarlo. El silencio curiosamente vendría a fundar la sentencia condenatoria, pues si decide el funcionario público ampararse en este derecho, paradójicamente, habilitará a que se le imponga un castigo de naturaleza penal<sup>214</sup>. El razonamiento que surge de todo esto es sencillo: la pasividad del imputado es considerada como un silencio autoinculpatorio.

La doctrina afirma rotundamente que el silencio del imputado no puede tomarse como indicio de culpabilidad, pues se debe partir de que la declaración, a parte de ser un derecho, es un medio de defensa que se le reconoce al imputado<sup>215</sup>, teniendo la facultad de decidir cómo va utilizar este derecho en el proceso, hasta puede mentir si quiere sin que este hecho pueda considerarse perjudicial para él<sup>216</sup>. Incluso –dice ROXIN–, el silencio tampoco podría ser valorado negativamente en el caso, poco probable, de que fuera una persona completamente inocente quien callara en esa concreta situación<sup>217</sup>. Indica MONTERO AROCA que en las normas reguladoras del proceso penal no sólo no puede imponerse al acusado obligación ni carga alguna relativa a la declaración, sino que incluso no puede permitirse que el juez extraiga consecuencias negativas para aquél del ejercicio de su derecho al silencio, incluso se le reconoce el derecho a mentir, sin que del ejercicio de este derecho pueda extraerse consecuencia perjudicial alguna.<sup>218</sup> De esta forma, el silencio, como consecuencia lógica del derecho procesal a abstenerse a declarar o a permanecer callado, no puede suponer una situación desfavorable para el imputado, ni un acto de reconocimiento de culpabilidad<sup>219</sup>.

Sin embargo, debemos afirmar que en la actualidad la valoración del silencio del imputado en el proceso sigue siendo materia controvertida. El TEDH en su Sentencia de fecha 8 de febrero de 1996 (caso *Murray vs. el Reino Unido*) ha aceptado que la realización de inferencias adversas del silencio de un acusado no infringe per se los derechos dispuestos en el art. 6, apartados 1 y 2 del CEDH<sup>220</sup>, siempre que el órgano acusador establezca en su contra “un caso”, es decir, presente un cúmulo de elementos probatorios serios sobre el supuesto hecho que se le imputa, que claramente exijan del mismo una explicación. En caso contrario, su silencio

<sup>214</sup> SAUMELL, María Fernanda; CONTI, Néstor Jesús. *El delito de enriquecimiento ilícito y una profusa violación a las garantías y principios constitucionales*. op. cit. pág. 798.

<sup>215</sup> MONTAÑES PARDO, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. op. cit. pág. 137 “Como medio de defensa, el imputado puede guardar silencio total o parcialmente, y hacerlo en cualquier fase del procedimiento o en todas sus fases. El silencio, además, puede revestir distintas formas, desde la más simple de negarse a contestar a las preguntas y cuestiones que se le planteen, hasta el silencio parcial sobre temas concretos. Asimismo, puede consistir en la afirmación, sin más, de su inocencia”.

<sup>216</sup> Esta interpretación dada al silencio encuentra sus raíces en el Digesto (50,17,142): “el que calla, ciertamente que no confiesa, sin embargo es verdad que no niega”, que significa que el no declarar o dejar sin respuesta determinadas preguntas, no significa ni asentimiento ni negación, no pudiéndosele dar otro alcance al silencio que el de una mera inexistencia de respuesta (REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto. *El interrogatorio del imputado*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2000. pág. 54).

<sup>217</sup> ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*. op. cit. pág. 124.

<sup>218</sup> MONTERO ROCA, Juan. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1997. pág. 157.

<sup>219</sup> VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo; CENTURIÓN ORTIZ, Rodolfo Fabián. *Ley N° 1286/89 Código procesal penal comentado*. op. cit. pág. 236.

<sup>220</sup> Art. 6 del CEDH. 1. “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...”. 2º. “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

constituye un indicio de culpabilidad<sup>221</sup>. Desde nuestro punto de vista, si se aplicara este razonamiento jurídico al delito de enriquecimiento ilícito cualquier tribunal respetuoso con los derechos fundamentales del imputado debería resolver su exculpación, ya que es claro que en estos casos el ministerio público carece de elementos de cargo serios sobre alguna presunta actividad ilícita que origina el enriquecimiento, por lo que —en palabras del TEDH— no surgiría ningún reclamo de explicación por parte del funcionario público. El desproporcionado enriquecimiento del funcionario público es el único hecho que se prueba y nada más; entonces, y en base a la postura jurisprudencial aludida nos preguntamos ¿qué caso presentaría el ministerio público ante el juez nacional con ese solo hecho probado? Obviamente, ninguno. Debemos recordar que el enriquecimiento ilícito es un delito de sospecha que presume la comisión de unos actos ilícitos que el Estado no puede probar, de ahí que si el sujeto decide permanecer callado durante el proceso su silencio permitirá concluir su culpabilidad y, por ende, su condena, pues no realizaría ningún acto de justificación sobre la licitud de su patrimonio.

En segundo lugar, piénsese en la hipótesis de que el funcionario público sí ha cometido delitos funcionariales durante el ejercicio de su cargo con los cuales ilícitamente incrementó su patrimonio. Dado que el tipo penal invierte la carga de la prueba obligando al imputado la demostración de cómo ha obtenido su incremento patrimonial, es claro que en este caso se le estaría exigiendo al funcionario público una *probatio diabolica* prácticamente imposible de producirla, pues la única posible explicación que tiene es justificar que la causa de su enriquecimiento responde a hechos punibles, lo cual constituye una declaración de inculpación que vulnera el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo<sup>222</sup>. En definitiva, tanto el silencio del funcionario público como la imposibilidad de justificar lícitamente su enriquecimiento, habilitan sin más la imposición de la pena prevista en el tipo penal. Para concluir estas ideas que se han expuesto sobre la inversión de la carga de la prueba contra reo que contiene el delito de enriquecimiento ilícito, es justo y acertado citar a REYES ECHANDIA: “la carga de la prueba de su inocencia al sindicado es retroceder a oscuras épocas en que el hombre, inerme ante el Estado omnímodo debía aventurarse a presentar prueba diabólica de su inocencia para desvirtuar la presunción de responsabilidad que sobre él pesaba por el solo hecho de haber ejecutado un comportamiento previsto en la ley como delito”<sup>223</sup>.

<sup>221</sup> Esta sentencia expresamente dice en el Fd N° 51 lo siguiente: “Hay que analizar en cada caso si los cargos de la acusación son suficientemente serios para requerir una respuesta. El Tribunal nacional no puede concluir la culpabilidad del acusado simplemente porque éste opte por guardar silencio. Es solamente cuando las pruebas de cargo requieren una explicación que el acusado debería ser capaz de dar, cuando la ausencia de explicación puede permitir concluir, por un simple razonamiento de sentido común, que no existe ninguna explicación posible y que el acusado es culpable. A la inversa, si el fiscal no ha establecido cargos suficientemente serios como para requerir una respuesta, la ausencia de explicación no podría justificar concluir la culpabilidad”. Este criterio ha sido adoptado por la jurisprudencia española en varios de sus fallos. Así, la STS 1443/2000 de fecha 20 de septiembre, sostiene que el silencio del acusado en ejercicio de un derecho puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclame una explicación por su parte de los hechos. Pese a su silencio puede deducirse una ratificación del contenido incriminatorio resultante de otras pruebas. Por su parte, la STS 917/2003 de fecha 25 de junio, destaca que el silencio mantenido en el acto del juicio oral por el acusado, razonándose sobre la existencia de prueba objetiva contra él, permite extraer del silencio una corroboración más de su culpabilidad. Por último, la STC 202/2000 de fecha 24 de julio, señala que solamente puede extraerse consecuencias negativas del silencio del acusado, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación.

<sup>222</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. op. cit. pág. 118 “En el tipo en estudio, pues el servidor no siempre contará con los medios de prueba necesarios para demostrar el legítimo aumento, además de la incertidumbre que gira en torno a la determinación de los medios de prueba idóneos. Ahora bien, si el servidor tuviera pruebas contundentes para demostrar el legítimo aumento de su patrimonio y, sin embargo, no las desahogara ¿incurriría en un delito doloso? La respuesta afirmativa implicaría la autoinmolación del sujeto lo que no es congruente”.

<sup>223</sup> REYES ECHANDIA, Alfonso. *Derecho penal general*. 8ª Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Año 1988. pág. 36.

La técnica legislativa de crear tipos penales de sospecha basados en presunciones inversas a la inocencia también afecta de modo directo a los tribunales penales de justicia, y en ese sentido RODRÍGUEZ MOURULLO expresa que no existe ninguna presunción *iuris tantum* que opere exclusivamente en el plano material y no deje sentir su efecto en el ámbito del proceso<sup>224</sup>. Es más, puede decirse que las presunciones legales y la inversión de la carga de la prueba son facetas de un mismo fenómeno. Al respecto sostiene GASCÓN INCHAUSTI: “hacer referencia la presunción supone poner el acento en la constatación por el legislador de que existe un nexo legal entre ciertos indicios y ciertos hechos presuntos, de modo que la prueba de los primeros debe ser suficiente para que el juzgador tenga por cierto los segundos; aludir a la inversión de la carga de la prueba, por su parte, supone fijarse en las consecuencias de la existencia de una presunción legal sobre la dinámica de actuación de la acusación y en especial de la defensa en el marco del proceso. La inversión de la prueba, en definitiva, es el resultado práctico derivado de la existencia de una previa presunción<sup>225</sup>”.

De los fallos judiciales consultados y referenciados en esta investigación, hemos observado que los tribunales penales paraguayos entienden consumado el delito de enriquecimiento ilícito cuando queda comprobado que el funcionario público ha obtenido bienes o cancelado obligaciones cuyo valor sobrepasa sus legítimas posibilidades económicas, y además no haya justificado con fuentes lícitas ese enriquecimiento patrimonial, es decir, no ha presentado un descargo suficiente y creíble que disipe la presunción que el tipo hace pesar sobre su persona. Como este delito no exige la determinación concreta de aquello que presume, al ministerio público como parte acusadora sólo le basta aportar pruebas que demuestren el incremento patrimonial y que éste sobrepasa excesivamente una determinada capacidad económica. En efecto, una estructura típica de esta clase simplifica al fiscal del caso la tarea de acusar, puesto que no necesita identificar y probar el hecho punible que se presume, sino solamente su consecuencia: el enriquecimiento<sup>226</sup>.

En efecto, constantemente el ministerio público ve cumplida su pretensión pues en la mayoría de los casos es imposible o muy difícil que el funcionario público imputado proporcione la prueba negativa que desvirtúe la presunción en su contra, no estando siempre en condiciones de demostrar su inocencia. Un fallo condenatorio que se sustenta en una sospecha no desvirtuada estaría validando una inversión de la carga de la prueba inaceptable desde el punto de vista de los principios fundamentales del proceso penal, y asimismo, es inconstitucional porque infringe el derecho a la presunción de inocencia.

Para FERNÁNDEZ ENTRALGO no es infrecuente que se configuren como presuntivos de responsabilidad hechos o factores que sólo deberían ser, en buena técnica, indicios de los que inferir, caso por caso, la culpabilidad, pero su transformación en presunciones en contra del reo ha de calificarse como contraria al derecho a la presunción de inocencia. Este autor manifiesta en consecuencia que sólo cabría derogar dichas normas lisa y llanamente o, degradarlos a la

<sup>224</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *La presunción legal de voluntariedad*. op. cit. pág. 41.

<sup>225</sup> GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El decomiso transfronterizo de bienes*. op. cit. pág. 90.

<sup>226</sup> SANCINETTI, Marcelo. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. op. cit. pág. 35. Menciona GASCÓN INCHAUSTI que es indudable que la existencia de una presunción legal aporta ciertas ventajas a la acusación, con las consiguientes desventajas para la defensa. El acusador no tendrá ya que esforzarse en probar un extremo relativamente complejo que es la vinculación entre el delito y los bienes que se pueden considerar producto de aquél, sino que le bastará con probar el indicio o indicios concurrentes que pueda exigir la ley. Además, sostiene que la ventaja para la acusación es algo mayor cuando la presunción es legal que cuando es judicial, dado que no será preciso esfuerzo alguno en demostrar la existencia y la idoneidad del nexo entre el indicio y el hecho presunto, extremo éste que suele ser necesario cuando el enlace no goza de refrendo legal (GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El decomiso transfronterizo de bienes*. op. cit. pág. 95).

calidad indiciaria<sup>227</sup>. Si trasladamos esta idea al ámbito aplicativo-judicial del delito de enriquecimiento ilícito surge la necesidad de averiguar si los elementos en los que se sustenta el tipo penal son indicios suficientes que puedan servir de base para destruir la presunción de inocencia e inferir la comisión de un delito y la culpabilidad del sujeto imputado. Desde nuestra opinión, aunque es lógico que pueda considerarse sospechoso que un funcionario público haya aumentado inexplicablemente su patrimonio durante el tiempo en que ejerce su cargo público, la suma de estos supuestos no permitiría sostener con certeza su responsabilidad en un determinado delito.

Con acierto expresa SANCINETTI que el conjunto de indicios previstos en el tipo no permite ninguna conclusión segura acerca de una conducta delictiva determinada, o una serie cerrada de conductas determinadas alternativamente típicas, puesto que las fluctuaciones patrimoniales están sujetas a un *numerus apertus* de causas que pueden ser delictivas o no serlo<sup>228</sup>. Entonces, todo tribunal de sentencia que juzgue un caso de enriquecimiento ilícito tendría solamente a la vista una serie de hechos o factores que, a lo sumo, pueden ser tenidos en cuenta como meros indicios, pero que valorados en su conjunto no lograrían formar la plena convicción judicial sobre la participación delictiva y culpabilidad del funcionario, porque los delitos que se presumen (cohecho, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles o cualquier acto de corrupción que afecte la función pública), no se deducen concreta y directamente de los elementos objetivos previstos en el delito de enriquecimiento ilícito. Al existir duda en torno a si el funcionario público realizó o no una actividad criminal para enriquecerse, sobreviene un estado de incertidumbre incapaz de destruir el status o presunción de inocencia que le beneficia, y en consecuencia, se le debería otorgar el sobreseimiento de culpa y pena en virtud al principio *in dubio pro reo*.

El principio *in dubio pro reo* constituye un principio general del Derecho que se aplica en el proceso penal y sirve para la superación de las dudas en la aplicación del derecho que se derivan tras la conclusión de la valoración probatoria, allí donde no pueden ser comprobados hechos que resultan de considerable trascendencia para la completa convicción del tribunal sentenciador<sup>229</sup>. El Digesto ya consagraba pautas de benignidad en favor del reo que han perdurado hasta nuestros tiempos<sup>230</sup>, las cuales se han condensado en el principio de duda favorable al imputado dispuesto en el art.5 del CprocPPyo: “En caso de duda los jueces decidirán siempre lo que sea más favorable para el imputado”. La doctrina y la jurisprudencia han dejado claro que el principio *in dubio pro reo* no coincide exactamente con el derecho a la presunción de inocencia, aunque sí mantienen estrechas relaciones. El primero es fundamentalmente un principio auxiliar que se ofrece al juez a la hora de valorar la prueba. Si la practicada no llega a ser lo bastante para que pueda formar su convicción en orden a la condena del acusado, entonces la perplejidad o incertidumbre ante la prueba practicada habrá de resolverla el juez a favor del reo. En cambio, el segundo es una garantía constitucional que considera inocente a una persona en tanto no se pruebe su culpabilidad, por lo que tiene un

<sup>227</sup> FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. *Presunción de inocencia, libre apreciación de la prueba y motivación de las sentencias*, en: II Jornadas de Derecho judicial. Incidencia de la constitución en las normas aplicables por los tribunales de justicia. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid. Año 1985. pág. 317.

<sup>228</sup> SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. pág. 68.

<sup>229</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. op. cit. pág. 153.

<sup>230</sup> Puede leerse en la regla del Digesto 50,17,155 (1): “A cada cual debe perjudicar su propio acto, no al adversario”, que trasladado al proceso penal significaría que si el encargado de la acción penal no llega a probar los elementos objetivos del delito que imputa a una persona, como tampoco su culpabilidad, esta circunstancia no puede perjudicar al imputado, al contrario, le debe de beneficiar. Así también, en la regla 50, 17, 155 (2): “en las causas penales debe seguirse la interpretación más benigna”, criterio que más se acerca al instituto que se hace referencia, y consiste en una regla de decisión en caso de incertidumbre fáctica en el proceso penal, según la cual, el estado de duda siempre debe conducir a la absolución del procesado.

alcance mucho mayor que el primero<sup>231</sup>. La diferencia es clara: mientras que el *in dubio pro reo* parte de la existencia de una duda, es decir, de un criterio subjetivo; la presunción de inocencia, como verdad interinamente afirmada y mantenida, exige que la prueba adecuada la desplace para que el tribunal pueda condenar, y ello plantearía un criterio objetivo<sup>232</sup>.

A pesar de que el *in dubio pro reo* es un principio consagrado en el ordenamiento jurídico procesal, suele ser constantemente inobservado en los procesos judiciales que se instauran para juzgar delitos de enriquecimiento ilícito. Como esta figura criminal forma parte de los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos, es necesario que en cada caso las pruebas de la parte acusadora demuestren al tribunal sentenciador más allá de toda duda razonable, cuál ha sido la conducta ilícita que origina el incremento patrimonial. Esto es indudable, pues si partimos de que el *nomen juris* de la figura penal en estudio consiste en un “enriquecimiento ilícito”, la imposición de la sanción precisa como lógico presupuesto que el tribunal se haya formado una convicción suficiente acerca de la vinculación entre una conducta abusiva o ilícita de un cargo público y unos bienes que incrementan el patrimonio de un funcionario público, relación o nexo que constituiría el origen o procedencia ilícita de dicho enriquecimiento. Si no hay certeza o existen dudas sobre ese extremo, surge una situación de incertidumbre que siempre debe beneficiar al imputado, tal como expresan CANCINO y TOSCANO DE SANCHEZ: “si un proceso penal que se ha iniciado por un presunto enriquecimiento ilícito, el juez no logra demostrar que se estructuraron todos los elementos del tipo, o mejor, si llega a existir una duda sobre el origen del incremento patrimonial, debe imperar el principio del *in dubio pro reo*, y en consecuencia, la mentada duda se resolverá en favor del sindicado”<sup>233</sup>.

A cualquiera le sería fácil razonar que las pruebas presentadas por la acusación sobre los elementos objetivos del delito de enriquecimiento ilícito se dirigen a probar la certeza de unos hechos que no son delictivos, pero que a partir de ellos se demuestra otro delito por vía inferencial. El excesivo incremento patrimonial del funcionario público, su desproporción con las capacidades económicas de éste y la no justificación de un origen lícito son pruebas indiciarias que, conectadas con el hecho de haberse producido todas ellas durante el tiempo en que el funcionario ejercía sus funciones públicas, hacen inferir por medio de un razonamiento lógico que el enriquecimiento proviene de una actividad delictiva relacionada con el cargo público. No existiría ninguna objeción a esta deducción resultante de la relación entre los hechos base y el hecho deducido, sino fuera por la ausencia de una imputación concreta a un específico hecho delictivo atribuible al funcionario público, lo cual priva de todo punto de apoyo racional a cualquier inferencia probatoria<sup>234</sup>.

Como hemos afirmado, el objeto principal de un juicio penal es averiguar la verdad acerca de la comisión de un supuesto delito, correspondiendo a las partes acusadoras la función de acreditar los hechos de la pretensión penal y al tribunal juzgarlos, condenado sólo cuando concurra la certeza de que el imputado cometió un delito. Por más amplia que fuese la actividad

<sup>231</sup> DÍAZ PALOS, Fernando; LATOUR BROTONS, Juan. *Constitución y ley de enjuiciamiento criminal*, en: II Jornadas de Derecho judicial. op. cit. pág. 472.

<sup>232</sup> MESTRE DELGADO, Esteban. *Desarrollo jurisprudencial del Derecho constitucional a la presunción de inocencia*. op. cit. pág. 729.

<sup>233</sup> CANCINO, Antonio José; TOSCANO DE SÁNCHEZ, Maruja. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. Pág.36. En ese sentido, señala JORGE que en los casos de enriquecimiento ilícito, si lo único que debe probar la acusación es la diferencia patrimonial apreciable para trasladar la presunción, y la defensa elige quedarse callada, el tribunal que entiende la causa no tendría muchos elementos para decir sobre “el origen” de esa diferencia, y ante la duda debería absolver al encausado (JORGE, Guillermo. *Enriquecimiento ilícito: el silencio de la Corte y las opiniones del Congreso*, en: Pitlevnik, Leonardo (Director): *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de la Nación*. Editorial Hammurabi. Año 2010. pág. 31).

<sup>234</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno*. op. cit. pág. 810.



probatoria de la acusación, si de su apreciación judicial surge una inferencia no concluyente sobre la culpabilidad del imputado, habrá un estado de incertidumbre en cuanto a la pretensión punitiva, y en esta situación el *in dubio pro reo* dicta al juzgador que debe resolver en beneficio del imputado, declarando la absolución y no la condena.

Lo señalado es lo que debería ser una correcta aplicación de las reglas procesales en el esclarecimiento de la verdad acerca de la comisión de un supuesto delito. Sin embargo, en los casos de enriquecimiento ilícito la realidad es otra, pues al resultar imposible demostrar con pruebas directas el hecho generador de la riqueza ilícita, la actividad probatoria de la acusación sólo se concentra en los indicios sobre los que se sustenta el tipo penal y que constituyen la base del hecho que se presume. Esto supone una violación al principio de libre valoración de las pruebas con arreglo a la sana crítica<sup>235</sup>, ya que el tribunal tendría automáticamente por probado el delito con la sola aportación de pruebas que acrediten dichos extremos, siempre que el imputado no demuestre lo contrario. En otras palabras, el juez es libre para apreciar si concurren los indicios previstos en el delito, pero una vez comprobados ha de aplicar el precepto penal aunque dentro de su convicción no le demuestren la plena certeza de que el funcionario público ha realizado un determinado delito para enriquecerse. Esto contradice la íntima convicción o valoración según conciencia que impera dentro del sistema acusatorio, pues la norma estaría condicionando la decisión del juzgador indicándole que pruebas debe valorar para tener por acreditado el delito, no pudiendo ir su convicción más allá de dichas constancias. En consecuencia, puede decirse que uno de los efectos negativos de cargar materialmente la prueba al imputado es la exclusión de la vigencia del principio *in dubio pro reo*.

En verdad, los jueces y tribunales se encuentran con las manos atadas a consecuencia de los efectos que conllevan la presunción legal de culpabilidad y la inversión de la carga de la prueba que caracterizan el injusto del delito de enriquecimiento ilícito, y aunque admitan que de esta clase de delitos surgen situaciones procesales injustas para los imputados, igualmente están obligados por el principio de legalidad a aplicarlos en los casos concretos que llegan a su jurisdicción. En estos casos siempre sale perdiendo el funcionario público, debido a que el riesgo respecto a la falta de prueba del supuesto hecho delictivo que se presume recae sobre él y no al ministerio público como debería ser, por lo que aquí no encuentra aplicación el principio *in dubio pro reo*<sup>236</sup>. Entonces, podría decirse que este delito afecta a dos sujetos, uno más gravemente que el otro. En primer lugar, al juez, quién debe aplicar las consecuencias jurídicas prevista para la conducta del imputado cuando se comprueben los elementos objetivos del tipo, que son los hechos base de la presunción legal que contiene, incluso si tiene dudas sobre la existencia del hecho presunto en la medida en que de las circunstancias de la causa no pueda concluir que el enriquecimiento del funcionario se ha producido por una actividad ilícita ligada a su cargo público. Y en segundo lugar, el propio imputado, quien tiene el máximo interés en demostrar con todos los medios de prueba a su alcance la licitud de su incremento patrimonial para destruir la presunción en su contra y sustraerse de la pena<sup>237</sup>.

Por último, quisiéramos poner de relieve cómo la jurisprudencia de la CSJP otorga pleno valor jurídico al derecho a la presunción de inocencia y al principio *in dubio pro reo* en otros delitos distintos al enriquecimiento ilícito, en los que el ministerio público fundamenta la

<sup>235</sup> Art. 175 del CprocPPyo: “Las pruebas obtenidas será valoradas con arreglo a la sana crítica. El tribunal formará su convicción de la valoración conjunta y armónica de todas las pruebas producidas”.

<sup>236</sup> Toda persona que se oponga a la aplicación de una norma penal que contenga una presunción *iuris tantum*, sólo la puede atacar en una única dirección: demostrando la falsedad del hecho presunto. No le basta con poner de relieve la incerteza del hecho presunto con tal que le beneficie el principio *in dubio pro reo*, sino que indefectiblemente deberá probar la certeza negativa del mismo para que la norma quede inaplicable y la pena no entre en juego.

<sup>237</sup> En ese sentido, Vid: RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *La presunción legal de voluntariedad*. op. cit. pág.45.

acusación sobre la base de un incremento patrimonial injustificado. Se tomará como ejemplo el AyS N° 204 de fecha 3 de mayo de 2009. A través de esta resolución se revocó la condena impuesta por un tribunal de apelaciones a unos ciudadanos procesados por los hechos punibles de lavado de dinero y asociación criminal<sup>238</sup>. El ad-quem señala en su resolución de condena que los coimputados habían actuado para ocultar dinero proveniente de un hecho ilícito, simulando o transformándolo en lícito a través de varias operaciones financieras. Sobre la ilicitud de lo que se quiso ocultar o transformar, los jueces de apelación sostienen que los procesados habían creado una universidad sin fines de lucro, que en verdad actuaba como una verdadera máquina de lavar dinero, porque la misma tenía muy pocos alumnos y apenas recaudaba recursos económicos como para convertirla en una institución con un local cuyo valor suponía grandes erogaciones económicas. Al no haber podido justificar la defensa por medios lícitos la enorme inversión realizada, se consideró que esta tuvo su origen en un hecho ilícito. La CSJP cuestionó este razonamiento jurídico argumentando: *“con el argumentativo de la condena, inconcebiblemente se invierte la carga de la prueba, pretendiendo que la defensa demuestre con “medios lícitos” una inversión financiera, cuando la misma constitución nacional garantiza la presunción de inocencia, que traducido a métodos procesales, define que es el ministerio público el que debe determinar que no existe duda sobre la ilicitud de la inversión”*.

En relación al supuesto dinero mal habido que se intentó blanquear, el ad-quem justificó su comprobación haciendo referencia a las conexiones entre los acusados y el movimiento económico de la universidad, realizando en cuanto a uno de los acusados una comparación entre sus ganancias y sus gastos mensuales, llegando a la conclusión de que si la única fuente de ingresos que tenía era el sueldo que percibía como Contralor General de la República (funcionario público a efectos penales), sus excesivos movimientos de dinero, verificados y comprobados, no podían tener ninguna justificación jurídico-legal, siendo evidencias más que notorias del origen espurio e ilegítimo de las enormes sumas de dinero manejadas por el acusado. Al respecto, sostuvo la CSJP que es jurídicamente incorrecto pretender determinar la conducta delictiva del acusado en la simple discordancia entre lo que señaló como ingreso monetario justificado y lo que egresaba mensualmente, señalando en la sentencia en estudio: *“esta anomalía no sólo demuestra la ineficacia de las pruebas aportadas por el ministerio público, sino también la permisibilidad del sistema tributario que no refleja la realidad patrimonial de las personas, no existe, al menos al momento de la investigación, posibilidad de control efectivo de los ingresos y egresos de una persona en el sistema, lo que genera huecos en la investigación, que no deja otra alternativa que la duda razonable sobre la existencia de ilicitud en los orígenes de cualquier patrimonio analizado”*.

El ad-quem en su análisis de los hechos sostuvo con relación a otro de los acusados que éste no había podido demostrar la procedencia del dinero que manejaba, y sobre ello la CSJP con contundencia manifestó: *“es importante recalcar la necesidad de dotar de legalidad al proceso y recordar nuevamente que el acusado estaba ejerciendo su defensa al prestar declaración indagatoria, ni tan siquiera estaba obligado a declarar en su contra, sino que simplemente puede abstenerse de hacerlo, y lo que diga no puede ser utilizado en su contra, salvo prueba que lo apoye, y que no haya explicado detalladamente el destino del dinero no puede bajo ningún punto de vista, dentro de un Estado de Derecho, constituir prueba en su contra de unos hechos tan graves y complejos como son el lavado de dinero y la asociación criminal”*. Además, continuó afirmando la CSJP que el ad-quem, con simples indicios, se había formado una convicción aparente sobre los hechos, pero esta convicción no tendría sustento real,

<sup>238</sup> El juez de liquidación y sentencia había resuelto por sentencia definitiva N° 20 de fecha 17 de diciembre de 2004, la absolución de los procesados en primera instancia. Esta sentencia fue apelada por el ministerio público, siendo revocada por el TAC 1ª Sala por AyS N° 76 de fecha 23 de octubre de 2006, que terminó por condenar a los encausados por los delitos de lavado de dinero y asociación criminal.

puesto que en aras de sostener la condena pretendió justificar el lavado de dinero, y por ende, el dinero mal habido, sin tener un solo indicio sobre el delito con el cual se produjo el supuesto dinero ilícito, de ahí que desde el inicio la justificación de la condena no tuvo sustento. En base a estos argumentos, la CSJP entiende que el tribunal de apelaciones ha impuesto la condena bajo sospechas y formulaciones sin sustento real, siendo la fundamentación de la sentencia totalmente aparente, y por lo tanto, resolvió anular la sentencia dictada y ordenó la absolución de culpa y pena a los procesados.

Es incomprensible cómo los tribunales penales de sentencia que han entendido y juzgado los casos de enriquecimiento ilícito en base a la Ley N° 2523/04 (cuyas sentencias se han citado y transcrito a lo largo de esta investigación), han podido fundar sus resoluciones con argumentos claramente contradictorios con la interpretación que la CSJP ha dado a los incrementos patrimoniales injustificados como sospecha de delito. Los tribunales penales de sentencia han entendido que las conductas típicas del delito de enriquecimiento ilícito consisten básicamente en obtener un incremento patrimonial no justificado con ocasión del ejercicio del cargo público, siendo el elemento nuclear del tipo la no justificación o explicación insuficiente de una fuente lícita que da origen a tal enriquecimiento. Esto quiere decir que el tipo invierte el *onus probandi* obligando al imputado a que justifique la excesiva desproporción económica que ha experimentado su patrimonio, posibilidad que ha sido rechazada en la sentencia arriba analizada cuando la CSJP expresa que es inconcebible una inversión de la carga de la prueba que pretenda obligar a la defensa a demostrar con medios lícitos la legitimidad de unos actos jurídico-patrimoniales, ya que este método lesiona el derecho constitucional a la presunción de inocencia y despoja al ministerio público del deber que le incumbe de probar la antijuridicidad del objeto de la pretensión penal, que en nuestro caso es la ilicitud del enriquecimiento que imputa al funcionario público.

En cuanto a la excesiva desproporción entre los ingresos legítimos de un funcionario público y las erogaciones que realiza en el periodo de tiempo que se corresponde con el ejercicio de su cargo público, la CSJP ha matizado que es jurídicamente incorrecto considerar como conducta delictiva la sola discordancia entre lo que un funcionario declara en calidad de ingreso y lo que realmente gasta<sup>239</sup>, a no ser que el ministerio público demuestre con certeza absoluta que esa diferencia patrimonial tuvo origen en algún ilícito. Sin una conexión comprobada entre el enriquecimiento y una determinada conducta delictiva, sólo habrá incertidumbre acerca de la ilicitud de la desproporción económica que reviste el patrimonio del funcionario, por lo que debería aplicarse a su favor las consecuencias absolutorias del principio *in dubio pro reo*.

Por otra parte, hemos manifestado que la decisión del funcionario público de ejercitar su derecho a no declarar o a permanecer callado durante el proceso perjudica notablemente su suerte en un proceso penal sobre el delito de enriquecimiento ilícito, ya que si no justifica la licitud de su incremento de riqueza es inminente que el tribunal que le juzga le condene, porque su silencio estaría validando la presunción de que su enriquecimiento pudo concretarse gracias a los beneficios indebidos que ha obtenido de la comisión de actos de corrupción pública. Con relación a ello, el razonamiento de la CSJP concuerda con la postura que hemos adoptado de que en ningún caso la decisión del imputado de guardar silencio puede perjudicarle, puesto que éste es un derecho que el ordenamiento jurídico le reconoce, pudiendo ser ejercido de la manera que más le convenga según su estrategia de defensa. Además, con su postura, el máximo órgano judicial deja sin sustento jurídico a la técnica de los delitos de sospecha que ha sido adoptada por el legislador en la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, pues afirma que bajo ningún punto de vista en un Estado de Derecho, la no explicación del origen de una suma de

<sup>239</sup> Manifiesta SANCINETTI que el “tener mucho” –refiriéndose a bienes- no infringe norma alguna en las sociedades capitalistas, por lo que de un enriquecimiento patrimonial en sí no puede surgir la comisión de un delito(SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. pág. 31).

dinero –expresión que puede extenderse a todo tipo de bienes– puede constituir una prueba en contra de un ciudadano, ni suponer un hecho delictivo.

Es fácil advertir que los órganos de justicia, de acuerdo a un específico interés político criminal, legitiman la incriminación de los enriquecimientos patrimoniales injustificados como contenido del injusto de determinados delitos (en relación al enriquecimiento ilícito) y no así en otros, en cuya estructura también encajan típicamente dichos hechos (en relación al lavado de dinero). Por lo tanto, en el sistema de justicia penal del Paraguay se considera una actuación estatal que atenta contra el derecho a la presunción de inocencia que se le exige a un ciudadano acusado por lavado de dinero que justifique su patrimonio; sin embargo, no se entiende vulnerado dicho derecho si tal exigencia se materializa en un proceso penal por enriquecimiento ilícito. De acuerdo a todo lo expuesto en este apartado, se concluye que el tipo penal de enriquecimiento ilícito previsto y penado en la Ley N° 2523/04 vulnera de forma grave el derecho fundamental a la presunción de inocencia contemplado en el art. 17.1 de la CNP.

### **3.2. Con relación al derecho a no declarar contra sí mismo (*nemo tenetur se ipsum accusare*).**

Junto al derecho de abstenerse a declarar o guardar silencio, se encuentra otro importante derecho de carácter procesal reconocido a todo ciudadano, el derecho a no declarar contra sí mismo, conocido comúnmente por la expresión latina *nemo tenetur se ipsum accusare*. Tanto uno como otro se desprenden del principio del *fair trial* de que nadie debe colaborar por sí mismo en la tarea de probar su propia culpabilidad<sup>240</sup>. Pero ambos derechos se diferencian, pues el derecho a no declarar contra sí mismo puede interpretarse en el sentido de que el imputado tiene derecho a manifestarse salvo en aquello que le incrimine, es decir, impide que declare en cuanto a los hechos delictivos supuestamente cometidos por él, sobre aquellas cuestiones que podrían incriminarlo. En cambio, el derecho de abstenerse a declarar es de mayor amplitud dado que implica que el silencio del imputado debe ser respetado, así como deben ser prohibidos los métodos engañosos y su declaración no puede ser interpretada en su perjuicio. El que guarda silencio simplemente no dice nada y dicha actitud supone el ejercicio de su derecho a no colaborar, por lo que de su pasividad ante la acusación no cabe extraer ninguna inferencia adversa<sup>241</sup>. Sin embargo, y como excepción a esta regla, debemos recordar la doctrina adoptada por el TEDH en el caso *Murray vs el Reino Unido* que acepta realizar inferencias adversas del silencio del imputado (indicios de culpabilidad), siempre que la parte acusadora presente un cúmulo de elementos probatorios serios sobre el supuesto hecho que se le imputa que claramente exijan una explicación, la cual ha sido referenciada en el apartado anterior.

Para que el derecho a no declarar contra sí mismo cumpla efectivamente su función en el proceso, ha de admitirse la obligación del Estado de consagrar dicho derecho en el ordenamiento jurídico a los efectos de que todo ciudadano que eventualmente pueda ser procesado, esté informado del derecho que le asiste. Si bien parte de la doctrina sostiene su dependencia del derecho de defensa, en el Paraguay el derecho a no declarar contra sí mismo es un derecho constitucional autónomo que forma parte de las garantías del debido proceso que se encuentra previsto en el art.18 de la CNP que dice: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o contra la persona con quien está unida ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad inclusive”. En el ámbito internacional lo proclaman el PIDCP de 1966 (art. 14.3.g) y la CADH (art. 8.2.g). Puede decirse que desde la constitucionalización de este derecho surge un claro deber negativo hacia el Estado, debiendo

<sup>240</sup> ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. op. cit. pág. 108.

<sup>241</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El derecho a guardar silencio y a no incriminarse*, en: Gutiérrez-Alviz Conradi, Faustino; López López, Enrique. (Coordinadores): *Derechos procesales fundamentales*. Consejo General del Poder Judicial. Manuales de Formación Continuada N° 22. Madrid. Año 2004. pág. 593.

garantizar en todos los casos su pleno respeto. Esto lo ha puesto de manifiesto BACIGALUPO: “el Estado es garante de que el sospechoso no se inculpe contra su voluntad, pues el Derecho vigente impone a las autoridades de persecución del delito el deber de instruir a cualquier persona que es interrogada como posible autor de un delito sobre los derechos que tiene reconocidos, especialmente sobre el derecho a guardar silencio y a no declararse culpable”<sup>242</sup>.

Este derecho es en la actualidad uno de los pilares fundamentales del sistema procesal acusatorio y sus efectos tienen directa aplicación en las normas que rigen la declaración del imputado en el proceso. Antiguamente en el proceso inquisitivo el imputado era considerado objeto y prueba del proceso, recayendo sobre él el juramento de decir verdad sobre los hechos que se le preguntaban. En otras palabras, se le tomaba declaración bajo juramento. Esto era así porque en este tipo de procesos la confesión era la prueba reina que debía ser obtenida a toda costa, entendiéndose por confesión la manifestación expresa del imputado mediante la que reconoce ser autor, cómplice o encubridor de un delito, es decir, implica el reconocimiento de la propia culpabilidad, de su responsabilidad penal<sup>243</sup>. Sin embargo, en el proceso acusatorio el imputado es tratado como persona y como parte del proceso, y en virtud al principio de que nadie debe colaborar en la tarea de probar la culpabilidad –tarea que le corresponde a la parte acusadora–, podrá abstenerse a declarar o, si lo decide hacer, en ningún caso se le podrá exigir juramento o promesa de decir verdad (a diferencia del testigo que sí se le exige el deber de decir verdad)<sup>244</sup>, ni padecer cualquier clase de tormentos o intimidación. Sostiene FERRAJOLI que en el sistema acusatorio el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse<sup>245</sup>. Estas prerrogativas se encuentran en el capítulo del CprocPPyo que regula la declaración del imputado, específicamente en el art.88 que dice: “En ningún caso, se le exigirá al imputado juramento o promesa de decir verdad, ni podrá ser sometido a ninguna clase de fuerza o coacción. Se prohíbe toda medida que afecte la libertad de decisión del imputado, su voluntad, su memoria o su capacidad de comprensión y dirección de su propia declaración”.

La doctrina que ha escrito sobre el delito de enriquecimiento ilícito sostiene que esta figura penal vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo, porque coacciona al funcionario público a que declare el origen de su patrimonio, sea lícito o no, pues de lo contrario, su silencio le perjudicaría al no poder desvirtuar la presunción de culpabilidad que pesa en su contra. A nuestro entender, la coacción que sufre el imputado se produce por la eventual pena a ser impuesta, pues si decide no declarar y guardar silencio, podría recaer sobre él una pena privativa de libertad de hasta diez años –marco penal del delito de enriquecimiento ilícito–; en cambio, si decide declarar puede: a) colaborar con la acusación confesando los hechos ilícitos funcionariales que se presumen fueron los que posibilitaron su crecimiento patrimonial, pudiendo recibir una pena inferior en atención a los marcos penales de estos delitos o, b) refutar la imputación justificando el enriquecimiento que el Estado reputa ilícito, logrando de esta manera su absolución. Como es difícil que el funcionario público explique con éxito la licitud de

<sup>242</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2002. pág. 181.

<sup>243</sup> GASPAR, Gaspar. *La confesión*. 2ª Edición. Editorial Universidad. Buenos Aires. Año 1988. pág. 105.

<sup>244</sup> Al respecto señala MONTAÑÉS que aunque con carácter general se identifica a efectos probatorios la declaración del imputado con las declaraciones testimoniales, existen diferencias relevantes entre ambos tipos de declaración. Además de que el acusado es parte del proceso penal y el testigo no, el régimen de garantías y formalidades que deben rodear las declaraciones de unos y otros es distinto. La diferencia más importante radica en que mientras el testigo está obligado a decir verdad, pudiendo incurrir en contrario en el delito de falso testimonio, al acusado no se le exige juramento, y en todo caso le amparan los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, entre los que se encuentran también los de guardar silencio e incluso mentir (MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. op. cit. pág. 139).

<sup>245</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. op. cit. pág. 608.

su enriquecimiento, es obvio que el legislador ha querido con este delito obtener una mayor eficacia del sistema penal y combatir a toda costa la creciente impunidad existente en la función pública, buscando que los actos abusivos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus funciones y movidos por ánimo de lucro, salgan a la luz a través –por así decirlo– de la propia “boca” de sus autores, consiguiendo además con ello deslindar al ministerio público la tarea de probar esos hechos ilícitos.

Es sabido que el derecho en cuestión produce sus consecuencias inmediatas cuando una persona es imputada por la supuesta comisión de un determinado delito, prohibiendo que se le obligue a colaborar con la investigación, a emitir una declaración que exteriorice un contenido de culpabilidad o cualquier forma de coerción que elimine o restrinja la libertad de decidir acerca de lo que le conviene o desea explicar<sup>246</sup>. Sin embargo, la estructura típica del delito enriquecimiento ilícito estaría induciendo al imputado a declararse culpable cuando el mismo se hallase inmerso en las circunstancias descritas en el tipo. La presión sobre el imputado se materializa durante el proceso penal, aunque no es ejercida por ninguno de los sujetos que están facultados a tomar su declaración (puesto que la declaración inculpatoria es siempre libre y voluntaria), sino que la compulsión se daría por el efecto del tipo y la imposición de la pena<sup>247</sup>. La amenaza de una futura imposición de la pena implica el anuncio de un mal y es susceptible de producir intimidación en un sujeto capaz de obligarle a realizar una actividad no querida en realidad. En otras palabras, los presupuestos que inducen al imputado a confesar contra sí mismo se originan en un momento anterior al acto de declaración, justamente en la creación de la ley, pero producen sus efectos recién durante el proceso.

Se ha manifestado que el tipo penal obliga al funcionario público a que justifique la licitud de su enriquecimiento, circunstancia que no le traería mayores dificultades si demuestra que lo ha conseguido con sus ingresos legales u otras fuentes lícitas. El problema radica cuando el sujeto en verdad ha obtenido su excesivo crecimiento patrimonial por medio del abuso de su cargo público. En efecto, si el órgano acusador le imputa el delito de enriquecimiento ilícito, puede ejercer su derecho a guardar silencio y negarse a manifestar qué hecho realizó para conseguir su mejoría patrimonial, pero dicha decisión no le beneficiaría en nada, pues no refutaría la presunción que pesa en su contra ni la tesis de la acusación. Entonces, en este caso el imputado se encontraría en una encrucijada cuyas posibles opciones son: declarar mintiendo o negar el hecho y su supuesta participación en el delito, siendo básicamente lo mismo que permanecer callado en atención a que esta estrategia no desvirtúa la presunción que pesa en su contra, o puede confesar la actividad delictiva que produjo su enriquecimiento con tal de sufrir, en todo caso, una condena menor.

De acuerdo a las hipótesis señaladas, resulta evidente que durante el proceso penal la pena del delito de enriquecimiento ilícito cumple la función de inducir la confesión de unos comportamientos ilícitos que el Estado no puede probar, puesto que si el imputado compara la cantidad de pena que podría imponérsele si no justificar su incremento patrimonial (que sería de uno a diez años de pena privativa de libertad) y la pena que podría recibir si confiesa el delito que ha cometido para enriquecerse (por ejemplo, un cohecho cuyo marco penal base es de seis meses a tres años según el art. 300 del CPPyo), es lógico y racional que terminará decantándose por revelar el delito que cometió esperando sufrir el mal menor de los posibles. Aunque el imputado puede permanecer callado o declarar cuantas veces considere pertinente durante la

<sup>246</sup> ZAPATA GARCÍA, María Francisca. *La prueba ilícita*. Editorial Lexis-Nexis. Santiago. Año 2004. pág. 86.

<sup>247</sup> Comparte esta opinión HERNÁNDEZ BASUALTO al sostener que el delito de enriquecimiento ilícito vulnera el derecho a no autoincriminarse, toda vez que el sospechoso que pretenda ejercer su derecho a guardar silencio va a ser castigado precisamente por no realizar una actividad probatoria tendiente a demostrar el origen lícito de su incremento patrimonial, en tanto que si dicho incremento proviene de un delito se le compele, precisamente con la amenaza de la pena, a confesarlo (HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno*. op. cit. pág. 795).

etapa preparatoria del proceso, al final puede encontrarse en la situación de no poder aportar ninguna prueba que justifique su patrimonio, no teniendo otra salida que confesar el hecho delictivo fuente de su mejoría patrimonial. No obstante, la sola confesión del imputado durante el proceso no puede constituir en sí misma un elemento de plena culpabilidad, pero sí que permite al acusador orientar su investigación futura y qué diligencias de prueba debe practicar para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito generador del enriquecimiento. En este contexto, SANCINETTI alega que podría pensarse que si el funcionario confiesa que ha cometido un cohecho, no estaría produciendo una declaración en su contra, sino todo lo contrario, en atención a que la pena de este delito es menor en relación a la prevista en el enriquecimiento ilícito, por lo tanto, la declaración del funcionario estaría permitida por ser en su favor. Sin embargo, para este autor la expresión “en su contra” tiene el mismo sentido tanto si el imputado demuestra haberse enriquecido con un delito de funcionario como si se ha tratado de otro delito de diferente naturaleza, por consiguiente, siempre que la condena se fundara en la prueba concreta aportada por el imputado habría una utilización en su contra proscripta por la ley<sup>248</sup>.

Entonces, ¿qué motiva al imputado a declarar contra si mismo? BENTHAM se hacía esta pregunta y al mismo tiempo razonaba que si el detenido es realmente culpable, parece que el partido más razonable, dada su situación, habría de ser un silencio absoluto. ¿Por qué entonces se arriesga a hablar? Entre las diversas causas que según este pensador inglés impulsan a un individuo a formular declaraciones perjudiciales para él mismo, se encuentra una que se asemeja bastante a la razón que motivaría al funcionario público a inculparse: un “interés superior”. Dice este autor que un hombre que persigue un provecho o alguna ventaja, revela un hecho que se convierte en prueba de su delito. Puede haber hecho la revelación sin medir las consecuencias y también midiéndolas, como sucedería, en el caso en cuestión, si el objeto perseguido fuese de un valor suficiente a compensar el riesgo corrido con el descubrimiento del delito<sup>249</sup>. Si trasladamos este pensamiento a nuestro caso de estudio, el interés superior o la ventaja que le impulsa al funcionario público a confesar su delito es su intención de sufrir el menor mal posible, tratando de que sea procesado por un delito que tuviese una pena inferior o con la esperanza de llegar a un acuerdo con la parte acusadora<sup>250</sup>, evitando con ello el mayor sufrimiento que podría padecer

<sup>248</sup> SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. pág. 115. Desde este punto de vista, MUZILA, MORALES, MATHIAS y BERGER sostienen que la explicación dada por el funcionario en una causa sobre enriquecimiento ilícito podría exponerlo a una situación de autoincriminación. Evidencias sobre ingresos, empresas, apuestas o regalos pueden ser pruebas exculpatorias a los efectos del delito de enriquecimiento ilícito, pero también pueden ocasionar que el funcionario se exponga a sanciones administrativas, fiscales o penales por otros hechos, especialmente cuando sus bienes e ingresos no fuesen declarados a las autoridades fiscales o se encuentre involucrado en actividades incompatibles con sus funciones públicas. En estos casos los imputados tendrían inconvenientes para establecer una apropiada estrategia de defensa o pueden inculparse ellos mismos (MUZILA, Lindy; MORALES, Michelle; MATHIAS, Marianne; BERGER, Tammar. *On the take. Criminalizing illicit enrichment to fight corruption*. op. cit. pág. 32).

<sup>249</sup> BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Edición integral con todas las notas a pie de página del autor y las observaciones de Pellegrino Rossi. Editorial El Foro. Buenos Aires. Año 2003. págs. 246 y sigtes.

<sup>250</sup> Aquí entran en juego los posibles arreglos o convenios procesales entre el ministerio público y el imputado. En estos casos existe la posibilidad de que el órgano acusador pueda influenciar psicológicamente al imputado para que declare el hecho delictivo a cambio de una salida procesal alternativa con una reducción en la petición de pena. El CprocPyo faculta al ministerio público, después de realizadas las primeras investigaciones y según el curso de las mismas, a formular una serie de requerimientos fiscales entre los cuales se encuentra el procedimiento abreviado. Este procedimiento tiene como propósito fundamental la simplificación de los plazos procesales con el fin de lograr una mayor abreviación y aceleración del proceso, mediante la aceptación del imputado de los hechos que se le atribuyen, todo esto con la anuencia del fiscal y bajo control judicial, respetando siempre las garantías y principios esenciales del proceso penal. Básicamente reduce los trámites procesales ante situaciones en las que pareciera razonable dicha solución, como por ejemplo, la libre y voluntaria confesión del imputado. Entonces, ¿cuáles serían las ventajas tanto para el ministerio público como para el imputado? Para el fiscal, la aceptación de los hechos por parte del imputado –no de su culpabilidad, siendo éste el rasgo que diferencia este procedimiento de los arreglos judiciales entre fiscal y el procesado en la legislación penal angloamericana- evita el tránsito de la causa a través de

si fuese condenado por enriquecimiento ilícito. Es claro que en este tipo de situaciones resulta poco convincente que el imputado haya querido obrar de esa manera. De esta forma, no pudiendo justificar su patrimonio y viendo que su silencio le será adverso en el proceso, al funcionario público no le quedará otra opción que presentarse asimismo como “fuente de prueba” produciendo a conciencia una declaración cuyo contenido es ilegal por ser contraria con el derecho a no declarar contra sí mismo<sup>251</sup>. Es inconcebible que un proceso penal garantista y adecuado a los postulados del Estado Democrático y Social de Derecho permita que el imputado, como sujeto del proceso, también pueda utilizarse como objeto de prueba de descargo<sup>252</sup>.

Desde nuestro punto de vista, no puede negarse que la aplicación de este delito ejerce una determinada presión sobre el imputado por medio de la amenaza de una elevada pena que podría imponérsele si fuese condenado, invitando –por decirlo de alguna manera– a que confiese el acto ilegal que se presume cometido. Por eso hemos afirmamos desde un principio que el tipo penal de enriquecimiento ilícito estaría induciendo al funcionario público a declarar contra sí mismo, lo que no significa que éste sucumba en todos los casos ante tal presión y termine por realizar una manifestación inculpatoria. Lo que sí es cierto es que habría una transgresión del derecho a no declarar contra sí mismo cuyo origen estaría fuera del proceso, específicamente en

---

las distintas etapas del proceso, llegando directamente a la instancia en donde se le fija la sanción al mismo. Por su parte, el imputado se beneficiaría no sólo con librarse del desgaste y la aflicción que supone un proceso, sino también en la posibilidad de pactar la determinación de una pena más benigna por el delito que se le atribuye, en comparación a la que podría imponérsele en caso de realizarse un juicio oral y público. El trámite ordena al juez en caso de que acepte la solicitud de procedimiento abreviado y decida condenar, que la pena a ser impuesta solamente sea la requerida por la parte acusadora (Sobre el procedimiento abreviado en el proceso penal paraguayo, Vid: VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo; CENTURIÓN ORTIZ, Rodolfo Fabián. *Ley N° 1286/89 Código procesal penal comentado*. op. cit. págs. 830-841). Entonces, si en principio el fiscal imputa a un funcionario por enriquecimiento ilícito y éste no puede justificar su incremento patrimonial, para que eventualmente se libre de sufrir una pena de hasta diez años, es obvio a nuestro entender que no dudaría en confesar el cohecho con el cual se enriqueció ilícitamente. Así, el fiscal puede modificar su investigación, substituyendo la calificación inicial imputando definitivamente al funcionario público por el delito de cohecho cuyo marco penal es inferior a cinco años –requisito ineludible para la aplicación del procedimiento abreviado– solicitando en consecuencia la imposición de una pena muy inferior a la que podría haber recibido el incoado si fuese condenado por enriquecimiento ilícito. En este contexto, podría decirse que esta misma situación ocurre en España a través de la aplicación del procedimiento de conformidad dispuesto en el art. 801 del LECrim. En ese sentido, señala SAEZ que esta forma de terminación del proceso tiene el incentivo de la reducción de una tercera parte de la pena solicitada, siendo un instrumento que reduce el espacio jurisdiccional dentro del propio proceso que provoca más cesiones de protagonismo a la policía y al fiscal, es decir, se produce una suerte de desjudicialización parcial. Según este autor, desde el punto de vista de la defensa de los imputados, la aplicación del referido instituto procesal se justifica en la convicción de que el acuerdo garantiza el mal menor, sabedores de que los jueces aplican las sanciones mínimas sólo como recompensa por la declaración de culpabilidad, no cuando se ven obligados a celebrar juicio. De ahí que su generalización, siguiendo las pautas de eficacia y eficiencia propias del funcionamiento del mercado, supone una renuncia del sistema de garantías de la libertad que integran el derecho al proceso debido (SAEZ, Ramón. *Juicios rápidos, condenas negociadas, órdenes de alejamiento y deterioro del proceso penal*. RJPLD N° 49. Año 2004. pág. 7).

<sup>251</sup> Hay autores que admiten que la confesión contraria a la propia voluntad también vulneraría el derecho a la intimidad. En teoría esta hipótesis puede ser admitida. Podría darse el caso de una funcionaria pública que de forma repentina incrementa su patrimonio fuera de las posibilidades que le otorga su remuneración legal, gracias a los ingresos económicos que obtiene del ejercicio de la prostitución por las noches, es decir, fuera de su jornada laboral. Si la funcionaria pública es imputada por el delito de enriquecimiento ilícito, estaría compelida a manifestar las fuentes de su enriquecimiento patrimonial y no le quedará otra opción que declarar que lo ha conseguido a través del mantenimiento de relaciones íntimas por dinero. En verdad, si se admiten este tipo de declaraciones como medio de prueba, resulta difícil negar que podrían lesionar de manera irreparable el respeto a la vida privada, incluso pueden traer consecuencias perjudiciales a las relaciones familiares de la afectada, ámbitos que son protegidos por el derecho fundamental a la intimidad previsto en el art. 33 de la CNP que garantiza la inviolabilidad de la intimidad personal y familiar, el respeto a la vida privada, la dignidad e imagen privada de las personas.

<sup>252</sup> ORCE, Guillermo. *Despersonalización del imputado: la desconsideración de su defensa como consecuencia de su falta de responsabilidad al declarar*, en: Bruzzone, Gustavo (Coordinador): *Cuestiones penales. Homenaje al Prof. Dr. Esteban J.A. Righi*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 2012. pág. 562.



el momento de la creación del tipo penal por parte del legislador, pero que produce sus consecuencias dentro de aquél. Todo ciudadano imputado por un hecho punible, sin atender a su importancia ni a su grado de participación, tiene el derecho a ser oído o a introducir válidamente en el proceso la información que considere adecuada<sup>253</sup>, pero esta declaración o información debe ser fruto de una elección libre, eximida de todo tipo de influencias. Por eso, la expresión “nadie esta obligado a declarar contra sí mismo” no significa que uno no pueda admitir su culpabilidad, sino lo que se prohíbe es que esa confesión de culpabilidad sea originada por una compulsión sobre el imputado y no por un acto voluntario<sup>254</sup>.

Como garantía constitucional, el derecho a no declarar contra sí mismo vincula a todos los poderes públicos, teniendo cada uno la obligación de hacer respetar dicho derecho en sus distintas actividades funcionales<sup>255</sup>. Esto significa que este derecho no sólo debe ser promovido y salvaguardado por aquellos sujetos que tienen la facultad de tomar declaración al imputado, que según el CprocPPyo son el ministerio público (en la indagatoria y durante todo el periodo de la etapa preparatoria) y los jueces y tribunales penales (en el momento procesal de la audiencia preliminar y en el juicio oral), sino también por el Poder Legislativo, teniendo la obligación de valorar si el derecho fundamental a no declarar contra si mismo puede verse vulnerado por la creación o modificación de leyes penales. En este sentido, el Estado no ha impedido que uno de sus órganos haya creado un tipo penal cuya aplicación introduce al imputado en una situación que le podría inducir a declarar en un determinado sentido. Esto constituye un contrasentido con el sistema acusatorio que ha invertido la idea pasada de que el fin de la verdad justifica cualquier medio<sup>256</sup>. Toda vez que la voluntad de un imputado se encuentre menoscabada para decidir libremente acerca de la información que le conviene o no ingresar al proceso, ya sea por un acto directo del Estado o por una situación de fuerza mayor –como es el caso de referencia– debe ser considerada inadmisibles por ser incompatible con el derecho a no declarar contra si mismo<sup>257</sup>.

En definitiva, y según nuestra opinión, el delito de enriquecimiento ilícito estaría induciendo con la amenaza de su pena a que el imputado declare lo que el Estado no puede probar, es decir, el presunto hecho punible que produce su incremento patrimonial ilícito. Toda persona que realice una confesión movida por coacción y no en base a su libre voluntad, no puede ser validada y considerada prueba lícita por ser contraria a la Constitución y a las normas que rigen el proceso penal. La sola inducción que produce el delito en estudio sobre el imputado es razón suficiente para afirmar su contradicción con el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo.

#### **4. ¿ES INCONSTITUCIONAL EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO PREVISTO EN LA LEY N° 2523/04?**

La compatibilidad del delito de enriquecimiento ilícito con los postulados penales fundamentales consagrados en la Constitución no es un tema aislado, todo lo contrario,

<sup>253</sup> ZAPATA GARCÍA, María Francisca. *La prueba ilícita*. op. cit. pág. 87.

<sup>254</sup> BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho procesal penal*. op. cit. pág. 182 “no se debe deducir que el imputado no tiene la facultad de confesar. Sí la tiene, pero esta facultad de confesar es personalísima, se funda exclusivamente en la voluntad del imputado y no puede ser inducida por el Estado de ningún modo”.

<sup>255</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El Derecho a guardar silencio y a no incriminarse*. op. cit. pág. 599 “Es verdad que el que no guarda silencio es el imputado/acusado, pero es preciso examinar las circunstancias en que se produce la declaración, pues, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para proteger y que sea respetado el derecho a no declarar, de manera que cuando las circunstancias –presión, engaño- implican una falta de respeto a dicho derecho, el Estado mismo ha de impedir que pueda producir algún efecto aquella afectación al derecho a no declarar”.

<sup>256</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. op. cit. idém pág.

<sup>257</sup> BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho procesal penal*. op. cit. pág. 184; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El derecho a guardar silencio y a no incriminarse*. op. cit. idém pág.; ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*. op. cit. pág. 138.

constituye en la actualidad el centro de un intenso debate en la doctrina y en la jurisprudencia. Desde la perspectiva jurídica paraguaya este análisis resulta necesario por dos razones, la primera radica en la omisión del legislador de realizar el respectivo test de constitucionalidad a la figura penal de enriquecimiento ilícito antes de haberla sancionado tal como lo ordena la cláusula de salvaguarda prevista en el art. IX de la CICC y en el art. 20 de la CNUCC respectivamente, circunstancia que se desprende del contenido de los debates parlamentarios<sup>258</sup>; y la segunda, hasta el día de la fecha no existe fallo alguno por parte de la Sala Constitucional de la CSJP que haya declarado constitucional o inconstitucional al delito de enriquecimiento ilícito, a diferencia de otros países en los que sí hubo tal pronunciamiento como en Colombia<sup>259</sup>, México<sup>260</sup> o Argentina<sup>261</sup>.

De las conclusiones asentadas en los apartados de este capítulo, se pudo comprobar la completa incompatibilidad del delito de enriquecimiento ilícito con los postulados fundamentales que se desprenden del modelo penal establecido en la CNP, siendo el principal causante de esta situación la decisión del legislador de diseñar la estructura típica de este delito en base al modelo de los delitos de sospecha, técnica legislativa que no sólo es contraria con los principios sustantivos penales de ofensividad, proporcionalidad y culpabilidad que limitan la intervención del *ius puniendi* estatal, sino que además, su aplicación en sede judicial conlleva la vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a no declarar contra sí mismo, que forman parte las garantías constitucionales del debido proceso que amparan a todo ciudadano sujeto a un proceso del que pueda derivar la restricción de sus derechos fundamentales.

Las razones que han inducido al legislador paraguayo a tipificar un delito a todas luces inconstitucional serían las siguientes: a) en lo sospechoso que resultan los incrementos patrimoniales de los funcionarios públicos, sin la debida justificación en base a sus legítimas posibilidades económicas, b) la dificultad de prueba que imposibilita descubrir a los órganos de persecución penal el verdadero hecho delictivo que produciría estos incrementos patrimoniales, y c) en la impunidad creada por la ineficacia de los instrumentos jurídicos (administrativos y penales) destinados a la prevención y represión de la criminalidad existente en la función pública. Las demandas sociales que exigen acabar con esta clase de delincuencia, como también el interés del Estado por disminuir el alto grado de desconfianza y falta de credibilidad que la corrupción ha causado en las instituciones públicas, fueron los detonantes de que se produjese una expansión del Derecho penal en áreas que antes no habían sido afectadas<sup>262</sup>, fenómeno que en gran medida ha repercutido en la creación de nuevas figuras penales que han venido a complementar a los clásicos delitos contra el ejercicio de las funciones públicas, como es el caso del delito de enriquecimiento ilícito.

<sup>258</sup> Vid: Capítulo VI, apartado 3.

<sup>259</sup> Por Sentencia C-319 de fecha 18 de julio de 1996, la Sala constitucional de la CSJ de Colombia declaró exequible el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el art. 148 del anterior código penal.

<sup>260</sup> A través de la Tesis XXXIX/2002 sustentada en la sentencia que resolvió el recurso de amparo N° 1293/2000 de fecha 15 de agosto de 2002, la CSJ de la nación mexicana declaró la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito. Argumenta CÁRDENAS que el máximo órgano judicial de aquél país se pronunció en respuesta afirmativa tras estimar que el legislador había previsto la conducta del delito de enriquecimiento ilícito en la primera fracción III del art. 109 de la constitución mexicana, de ahí que se sostenga que el art. 224 del CP federal -enriquecimiento ilícito de servidores públicos- no viole la garantía de legalidad y por ello afirme su constitucionalidad (CÁRDENAS, Rodolfo Félix. *Enriquecimiento ilícito y principio de legalidad. El criterio del tribunal pleno. Análisis de la tesis de jurisprudencia N° XXXIX/2002*. ADDUI N° 34. Año 2004. pág. 367).

<sup>261</sup> Sentencia de fecha 22 de diciembre de 2008 dictada por la CSJ argentina en los autos: “Alsogaray, María Julia s/recurso de casación e inconstitucionalidad” (A. 1846. XLI; REX).

<sup>262</sup> En ese sentido señala HASSEMER que el destinatario de todas las exigencias de la opinión pública que se siente amenazada por la violencia es, sobre todo, el Derecho penal, incluyendo también en él al Derecho procesal penal. De él se espera una ayuda eficaz ante situaciones de necesidad y que garantice la seguridad de los ciudadanos (HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. op. cit. pág. 86).

La incriminación de este delito demuestra un cambio en la política criminal dirigida a controlar la delincuencia de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, que ha desplazado un Derecho penal respetuoso por las garantías por otro enfatizado más por su eficiencia. En este tipo de criminalidad estaría ocurriendo el suceso afirmado por HASSEMER, de que el Derecho penal está ampliando su capacidad y para ello necesita desprenderse del lastre liberal, el cual resulta molesto en el cumplimiento de su nueva tarea<sup>263</sup>. Si el legislador ha creado un tipo penal que flexibiliza –para no decir que desconoce– las garantías constitucionales que amparan al sujeto pasivo de la pretensión penal, es sencillamente porque el riesgo de las actividades desarrolladas por la función pública han llegado a unos límites exorbitantes a causa de las constantes desviaciones funcionales de sus propios miembros, movidos en la mayoría de los casos por la obtención de un beneficio patrimonial indebido (lo que genera en la ciudadanía el miedo a ser una posible víctima de tales prácticas o de que las prestaciones que recibe del Estado se vean gravemente perjudicadas), y por la evidente crisis de efectividad de las actuales herramientas jurídicas que posee el Estado para prevenir y reprimir este tipo de situaciones indeseables. Sin embargo, el costo de haber tipificado esta figura penal bajo tales presiones, ha sido que la legalidad del Derecho penal se haya descompuesto al tomar más en cuenta factores políticos que la protección de intereses sociales<sup>264</sup>.

Un delito que se crea para dar mayor eficiencia al *ius puniendi*<sup>265</sup> en una determinada área del Derecho no podría conseguir ese objetivo sin la vulneración de aspectos relevantes del Derecho penal y procesal del Estado de Derecho. En cuanto al enriquecimiento ilícito, el legislador ha decidido utilizar una estructura típica de sospecha que presume la culpabilidad del funcionario público en hechos que no pueden ser debidamente determinados, que en opinión de MIKKELSEN-LOTH, constituye una técnica perversa y repugnante a los principios generales del Derecho penal<sup>266</sup>. Todo Derecho penal basado en la sospecha contraviene directamente uno de los más preciados principios inspiradores del Estado de Derecho, que es el de culpabilidad.

Por otro lado, la figura penal en estudio describe unos comportamientos que son realizados en el ámbito económico privado del funcionario público que no tienen ninguna relación de conexidad con el ejercicio de sus funciones públicas, siendo incapaces de producir por lo menos una peligrosidad objetiva al bien jurídico protegido. En efecto, todo comportamiento que se encuadre en las modalidades típicas estaría manifestando una peligrosidad subjetiva, es decir, la ciudadanía piensa que si un funcionario público incrementa su patrimonio fuera de sus legítimas posibilidades económicas es porque quizás se ha lucrado con bienes del Estado o realizó algún tipo de actividad delictiva a través de la posición favorable que le otorga su cargo público (que obviamente no puede ser individualiza)<sup>267</sup>. La impunidad creada por la falta de descubrimiento de los actos disfuncionales con los cuales los funcionarios públicos se enriquecen ilícitamente produce un estado de intranquilidad y preocupación que compromete la confianza pública. Sin embargo, esta situación no puede justificar por sí sola la creación de un delito, sino que tiene que sustentarse en una conducta capaz de lesionar o poner en peligro a un determinado bien jurídico de la que quepa hacer responsable a un sujeto con

<sup>263</sup> HASSEMER, Winfried. *Rasgos y crisis del Derecho penal moderno*. ADPCP N° 65. Año 1992. pág. 241.

<sup>264</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. op. cit. pág. 89.

<sup>265</sup> Para SILVA SÁNCHEZ cuando se habla de eficiencia en Derecho penal se estaría pensando en aquella conducta cuyos beneficios globales desde el punto de vista social, superan a los costes, con independencia de que estos costes recaigan sobre alguien en concreto y, en esa medida, le perjudiquen (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Eficiencia y Derecho penal*. ADPCP N° 49. Año 1996. pág. 96).

<sup>266</sup> MIKKELSEN-LOTH, Jorge Federico. *Enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 45.

<sup>267</sup> En el delito de enriquecimiento ilícito, al igual que en los delitos de posesión o status, el comportamiento del autor no es objetivamente peligroso para el bien jurídico que protege, pero sí respeta la exigencia de que el comportamiento tipificado constituya una perturbación social. Así, la pena sería una respuesta a la peligrosidad subjetiva que trasmite el comportamiento del autor. En este sentido, Vid: PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*. op. cit. pág. 63.

arreglo al principio de culpabilidad. Entonces, puede decirse que no se castiga al funcionario público por un determinado hecho que afecta un bien jurídico, sino por la desconfianza social que genera el modo con el cual conduce su vida económica privada, lo que sería un claro Derecho penal de autor incompatible con el principio de responsabilidad penal por el hecho.

HERNÁNDEZ BASUALTO comparte esta opinión afirmando que en base a la total desvinculación entre el castigo y la conducta que incrimina el delito de enriquecimiento ilícito se estaría abandonando un Derecho penal de acto, toda vez que al contemplar una sospecha delictiva genérica, se sospecha sobre la calidad del delincuente y no sobre un delito determinado<sup>268</sup>. Como consecuencia de ello, el legislador ha establecido para este delito un marco penal cuya gravedad se equipara a la establecida en delitos que protegen bienes jurídicos individuales o en los relativos a la delincuencia violenta (delitos sexuales) u organizada. La gravedad de la pena –de uno a diez años de pena privativa de libertad– peca por ser irracional con respecto a la nula peligrosidad que presentan las conductas incriminadas, y tampoco guarda relación de proporcionalidad con el marco penal previsto en otros delitos de la misma clase y que protegen idéntico bien jurídico. Una penalidad con estas características estaría más dirigida a la inocuización del sujeto, que no sólo constituye una clara vulneración del principio de proporcionalidad, sino que hace que la pena no pueda alcanzar sus fines de resocialización<sup>269</sup>.

En base a estas ideas, se afirma que la exteriorización de una gran riqueza injustificada no puede constituir por sí sola el contenido del injusto de un delito de funcionario público, aunque esta clase de enriquecimientos deben hacer saltar las alarmas y los titulares de la acción penal pública deben seguir su rastro a fin de descubrir el acto abusivo o ilegal del cargo cometido por el funcionario público que origina su excesiva mejoría patrimonial. En ese sentido, AVILÉS sostiene que una de las claves para enfretar a este tipo de criminalidad es encontrar el “hilo del que tirar en materia económica”, pues es en el dinero en donde se encuentran las evidencias, las pistas y los elementos fáctivos que llevan a probar las actividades delictivas que enriquece a quien no puede demostrar un procedimiento lícito para haber llegado a la fortuna que posee<sup>270</sup>.

En el ámbito procesal, la aplicación del delito de enriquecimiento ilícito conlleva una notoria restricción de los postulados garantísticos y constitucionales que rigen el proceso penal. La estructura típica de este delito se asienta sobre una lógica post-delictiva, ya que sus elementos objetivos constituyen indicios de un comportamiento delictivo que se presume cometido con anterioridad y que no puede probarse. En otras palabras, el incremento patrimonial del funcionario público por encima de sus legítimas posibilidades económicas nos estaría revelando que el legislador asume que el bien jurídico ya ha sido lesionado por un hecho delictivo consumado relacionado con el ejercicio del cargo público, y que tal enriquecimiento sería la materialización del disfrute que el autor hace de los beneficios indebidamente obtenidos. Sin embargo, como esta figura penal es de sospecha y descansa sobre una presunción *iuris tantum*, el incoado puede destruir dicha sospecha aportando la suficiente prueba en contrario, justificando que el enriquecimiento de su patrimonio fue posible gracias a la obtención de bienes o rentas derivados de fuentes lícitas. Toda norma penal de sospecha vulnera gravemente el derecho a la presunción de inocencia, ya que al presumir la culpabilidad del autor infringe el

<sup>268</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno*. op. cit. pág. 800.

<sup>269</sup> Para el logro de un Derecho penal de eficacia es indispensable un aumento considerable de las penas más allá de lo prescrito por los principios de culpabilidad y proporcionalidad. En ese sentido, para SILVA SÁNCHEZ el retorno de la inocuización no es un fenómeno casual, hallándose en perfecta sintonía con la evolución de la ideología general actual de la política criminal en la que cabe advertir elementos determinantes como la elevadísima sensibilidad al riesgo y la obsesión por la seguridad que muestran amplios grupos sociales (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal*. op. cit. pág. 161).

<sup>270</sup> AVILÉS, Manuel. *El enriquecimiento ilícito. Algunas cuestiones previas y generales*. op. cit. pág. 62.

principio de que toda persona imputada por la comisión de un delito y sometida a un proceso es inocente hasta que se demuestre lo contrario, y así también, invierte la carga de la prueba obligando a que sea el mismo imputado quien pruebe su propia inocencia.

No obstante, existen posturas doctrinales y jurisprudenciales que con el fin de otorgar validez constitucional al delito de enriquecimiento ilícito afirman que dicha figura penal no invierte la carga de la prueba, ya que la justificación que se le exige al funcionario público sobre la desproporción económica que presenta su patrimonio se enmarca dentro del pleno ejercicio del derecho de defensa. Para SAN MARTÍN CASTRO no es posible sostener seriamente que al otorgarse al imputado, en reconocimiento de su derecho de defensa, la posibilidad de rechazar la imputación, explicar su conducta y ofrecer prueba de descargo, se le esté forzando a autoincriminarse y se desplace la carga de la prueba de la acusación a la defensa en clara vulneración al principio de presunción de inocencia. Así, una vez establecida la diferencia patrimonial real y su no justificación opera el fenómeno de la adecuación típica, de suerte que la explicación que brinde el sindicado del delito no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a la defensa frente a las imputaciones que le haga el Estado<sup>271</sup>. Por su parte, ASECIO afirma que el delito de enriquecimiento ilícito, sustentado sobre una presunción de incremento patrimonial valorado atendiendo al patrimonio inicial, los ingresos ordinarios y el patrimonio final, acreditados estos extremos por la parte acusadora, sería plenamente constitucional puesto que el acusado podría probar la licitud de sus ingresos, lo que no implicaría inversión de la carga de la prueba alguna, sino el ejercicio del derecho de defensa<sup>272</sup>.

En este sentido se han pronunciado algunos fallos emitidos por la jurisprudencia latinoamericana. La CSJ de Colombia por sentencia C-319 de fecha 18 de julio de 1996 declaró lo siguiente: “la explicación que brinde el sindicado del delito, no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a la defensa frente a las imputaciones que le haga el Estado en ejercicio de su función investigativa. No se trata pues de establecer una presunción de ilicitud sobre todo incremento, sino de presumir no justificado todo aquel incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable de tipo financiero, contable, y por supuesto, legal”. Asimismo, puede leerse en la Sentencia de fecha 9 de junio de 2005 de la Sala IV de la Cámara de Casación Penal de la ciudad de Buenos Aires (Argentina): “La clausula del debido requerimiento y de la no justificación, sólo pueden entenderse como requisitos establecidos en exclusivo resguardo del derecho de defensa en juicio, para garantizarlo, y que tienen como objetivo que se asegure al imputado el conocimiento de la materia de imputación y la posibilidad de acreditar el origen lícito del incremento patrimonial apreciable e injustificado, que en principio se le enrostra”.

Como bien se ha manifestado, esta tesis ha sido planteada para dar legitimación constitucional al delito de enriquecimiento ilícito, pero la misma peca por desconocer los efectos que causa en los derechos del imputado la técnica legislativa de sospecha que adopta esta figura penal. El derecho fundamental a la defensa garantiza a todo imputado la posibilidad de intervenir a lo largo del proceso, formulando sus propias alegaciones, proporcionando e impugnando pruebas, y además, a declarar o a permanecer en silencio si lo desee sin que esa última aptitud pueda valorarse en su contra (salvo los casos en que se acepta realizar inferencias negativas del silencio del imputado de acuerdo a la postura asumida por el TEDH que ha sido referenciada en esta investigación). Es decir, el imputado puede utilizar este derecho como él lo estime conveniente de acuerdo a su estrategia de defensa, pudiendo defenderse de la imputación, bien rechazándola mediante la presentación de alegaciones, planteamientos y pruebas que la desestimen, o bien asumiendo una posición pasiva ejerciendo su derecho a permanecer callado.

<sup>271</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *El procedimiento penal por delitos contra la administración pública*, en: San Martín Castro, César Eugenio; Caro Coria, Dino Carlos; Reaño Peschiera, José Leandro (Coordinadores): *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*. op. cit. pág. 441.

<sup>272</sup> ASECIO, José María. *La lucha contra la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 19.

Sin embargo, toda persona que esté sometida a un proceso penal por enriquecimiento ilícito y desee permanecer callado no hará más que reforzar la presunción que existe en su contra por obra del tipo penal, ya que este delito se materializa cuando se acredita un desproporcionado enriquecimiento del patrimonio de un funcionario público y la no realización de una conducta que destruya la presunción, sin que existan elementos de cargo serios y contundentes en contra del funcionario público sobre algún concreto hecho de corrupción (el tipo penal no exige la acreditación de este extremo). El imputado que quiera librarse de la pena debe indefectiblemente aportar pruebas que demuestren que su incremento patrimonial tiene un origen lícito, entonces resulta poco convincente el planteamiento que considera a la explicación o justificación del enriquecimiento como una actividad libre enmarcada dentro del ejercicio del derecho de defensa porque su inexistencia o realización poco convincente constituye un presupuesto que conlleva el cumplimiento del delito. Este criterio también ha sido cuestionado por JORGE con el argumento de que si el imputado desea defenderse ofreciendo una justificación, el tipo penal en un exceso de cortesía lo invita a hacerlo; pero si prefiere callar, la prueba reunida deberá ser suficiente para condenarlo<sup>273</sup>. De esta manera, carece de consistencia la tesis que sostiene que la justificación que brinda el imputado sólo puede entenderse como una facultad derivada del ejercicio de su derecho de defensa, pues esa actitud procesal no es una prerrogativa a la que pueda recurrir si así lo desee, sino más bien es una exigencia que le impone el legislador si quiere desvirtuar la presunción que pesa en su contra y evitar las consecuencias jurídicas del delito, de ahí que puede afirmarse que el tipo penal vulnera los derechos de defensa, presunción de inocencia y a no declarar contra sí mismo en cuanto obliga al imputado a realizar una determinada actividad probatoria<sup>274</sup>. Por ello, nos reafirmamos en que el delito de enriquecimiento ilícito invierte la carga de la prueba en contra del imputado, puesto que es él quien debe probar que es inocente, siendo esta actividad una carga procesal y no una facultad que le otorga el derecho a la defensa.

De este modo, resulta claro que a través de la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito se ha decidido dar una fuerte batalla a la criminalidad de los funcionarios públicos, dando una mayor jerarquía a la eficacia del Derecho penal que a las garantías del ciudadano que son sumamente mermadas en post de tal finalidad<sup>275</sup>. Entonces, si este delito ha sido creado bajo los elementos caracterizadores de un Derecho penal autoritario, impulsado por demandas sociales de seguridad y efectividad, conteniendo un tipo de sospecha que incrimina comportamientos que ni siquiera son capaces de poner en peligro el bien jurídico y además vulnera garantías penales sustantivas y procesales con el propósito de tornar más operativo el sistema penal y disminuir la sensación de impunidad en la función pública, ¿será acaso que el funcionario público ha pasado de ser un sujeto que cumple un rol cuyas funciones depara ciertos riesgos que normalmente son aceptados, a considerarse una persona peligrosa, un enemigo de la sociedad?

<sup>273</sup> JORGE, Guillermo. *Enriquecimiento ilícito: el silencio de la Corte y las opiniones del Congreso*. op. cit. pág.28.

<sup>274</sup> La jurisprudencia del tribunal constitucional español ha determinado que la imposición de una determinada actividad probatoria al imputado constituye una vulneración a los derechos a la presunción de inocencia y a no declarar contra sí mismo. En el STC 105/1988, de fecha 8 de junio, puede leerse lo siguiente: “Como es manifiesto, el art. 24.2. de la constitución significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos de tipo delictivo, corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora, sin que pueda imponerse al acusado o procesado una especial actividad probatoria, que dependerá siempre de la libre decisión que se adopte respecto de su defensa, pues la constitución le reconoce también al acusado el derecho a no declarar contra sí mismo”.

<sup>275</sup> Advierte HASSEMER que no es posible tener un Derecho penal fuerte con costos nulos, al contrario, se paga caro con principios que fueron logrados políticamente, y que siempre son atacables por la política. Según este autor no existe una prescindencia parcial del principio de culpabilidad o de la protección de la dignidad del hombre, pues si estos principios ya no son de ponderación firme, también en los tiempos de necesidad pierden su valor para la cultura jurídica. A partir de ese momento el criterio para la continuación de la vigencia de estos principios ya no es su valor y su peso específico, sino la percepción como problema de la necesidad o la grave amenaza (HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho penal de hoy*. op. cit. pág. 61).

En la actualidad existe un Derecho penal propuesto por el penalista alemán GÜNTHER JAKOBS llamado “Derecho penal del enemigo” en el que la pena no es respuesta a un hecho delictivo realizado por un ciudadano, sino a un individuo peligroso, que se caracteriza por los siguientes rasgos: a) conlleva la existencia de procesos de criminalización de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión<sup>276</sup>, b) gira en torno a la peligrosidad que supone ciertos delincuentes, por lo que no hace falta esperar para intervenir penalmente a la producción de un daño al bien jurídico o al surgimiento de un peligro identificable<sup>277</sup>, c) en el plano legislativo, los tipos penales se construyen sobre formulaciones de delitos de sospecha<sup>278</sup>, d) se aprecia el incremento sustancial y desproporcionado de la pena de prisión, con la intención de inocular al delincuente<sup>279</sup>, e) contiene tipos extraordinariamente amplios, extendiéndose hasta los actos preparativos y post-consumativos<sup>280</sup>, f) fija sus objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandonando un modelo de Derecho penal de hecho por uno autoritario de autor<sup>281</sup>, y g) se relativizan o incluso, son suprimidos los principios fundamentales del Derecho penal y procesal penal garantista<sup>282</sup>.

A tenor de los rasgos esenciales del Derecho penal del enemigo no puede negarse que las notas características del delito de enriquecimiento ilícito se asemejan bastante con las manifestaciones de tal propuesta, pero esta semejanza no significa que este delito pertenezca a un Derecho penal del enemigo, pues este se circunscribe a sectores legislativos que no tienen relación alguna con la delincuencia llevada a cabo en la función pública. Es fácil apreciar la existencia de dos modelos de intervención penal bien diferenciados en los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas previstos en la legislación penal paraguaya. Uno respetuoso con los principios penales sustantivos y procesales que engloba a los clásicos delitos de funcionario público cuya aplicación se ajusta a las garantías constitucionales del debido proceso, y otro totalmente distinto en el que ha sido erigido el delito de enriquecimiento ilícito, caracterizado por penas draconianas y por una estructura típica muy alejada de la lesión del bien jurídico, que además recorta significativamente derechos procesales y garantías fundamentales<sup>283</sup>.

<sup>276</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?*, en: Jakobs, Günther; Cancio Meliá, Manuel: *Derecho penal del Enemigo*. 2ª Edición. Editorial Thomson-Civitas. Navarra. Año 2006. pág. 99.

<sup>277</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*. RECPC 07-01. Año 2005. pág. 23.

<sup>278</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal enemigo*. RP N° 19. Año 2007. pág. 63.

<sup>279</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?* op. cit. pág. 106; GRACIA MARTÍN, Luís. *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”*. RECPC 07-02. Año 2005. pág. 10.

<sup>280</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura*, en: Da Agra, Cándido; Domínguez, José Luis; García Amado, Juan Antonio; Hebberecht, Patrick; Recansens, Amadeu (Editores): *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Editorial Atelier. Barcelona. Año 2003. pág. 129. Cita N° 21.

<sup>281</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *El Derecho penal del enemigo, Darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado Derecho penal del enemigo y la idea de seguridad*, en: *El Derecho penal frente a la inseguridad global*. Editorial Bomarzo. Albacete. Año 2007. pág. 137; CANCIO MELIÁ, Manuel. *De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?* op. cit. págs. 128 y 137.

<sup>282</sup> PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo*. RJPLD N° 49. Año 2004. pág. 43.

<sup>283</sup> En efecto, MUÑOZ CONDE critica la posibilidad de que coexistan dos modelos diferentes de Derecho penal dentro de un Estado de Derecho, uno respetuoso con las garantías y los derechos fundamentales, y otro puramente policial que haga tabla rasa de los principios y garantías que caracterizan a dicha forma de Estado (MUÑOZ CONDE, Francisco. *El nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado “Derecho penal del enemigo”*, en: Portilla Contreras, Guillermo (Coordinador): *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. Editorial Akal. Madrid. Año 2005. pág. 175).

La vigencia de estas dos clases de Derecho penal se debe a que el legislador, en vista al aumento de la impunidad relacionada con la corrupción pública, se ha dado cuenta que no sólo el sistema disciplinario de la función pública es actualmente un mecanismo ineficaz para desalentar a los funcionarios a no cometer actos disfuncionales en el ejercicio de sus cargos públicos, sino también el Derecho penal que hace frente a este tipo de criminalidad demuestra deficiencias procesales, es decir, las leyes penales no funcionan como deberían y comportan consecuencias injustas<sup>284</sup>.

Para paliar esta situación deficitaria del sistema preventivo, lo lógico hubiera sido por un lado, la revisión y modificación de los instrumentos jurídicos administrativos y disciplinarios de la función pública, y por otro, la reforma y perfeccionamiento de los delitos de funcionario público, a fin de obtener una persecución penal más eficaz<sup>285</sup>. Sin embargo, el legislador decidió alcanzar sus objetivos de eficacia a través de la forma más fácil y drástica: mediante la tipificación de un delito de sospecha que invierte la carga de la prueba en contra del imputado, socavando sus derechos fundamentales para resolver los problemas de prueba que tiene el Estado para demostrar cual ha sido la actividad delictiva que ha posibilitado el incremento ilícito de su patrimonio<sup>286</sup>.

En ese sentido, señala PASTOR NÚÑEZ que en la actualidad la creación de tipos penales es un medio para resolver problemas provenientes del Derecho procesal penal<sup>287</sup>. La ventaja de un tipo de sospecha cuyo injusto consiste en un incremento excesivo del patrimonio de una persona y su falta de correlación con las legítimas posibilidades económicas de ésta, es que permite su identificación sin mayores complicaciones y facilita enormemente su prueba. Pero por muy diabólica que resulte para el Estado la prueba de determinados hechos delictivos dentro de la función pública, es injustificable que un delito de sospecha pretenda solucionar problemas de prueba, puesto que la finalidad de creación de tipos penales para proteger bienes jurídicos estaría substituida. En un Estado Social y Democrático de Derecho, los derechos y garantías fundamentales del hombre, especialmente los de carácter penal y procesal penal, son presupuestos irrenunciables ya que si se admite su menoscabo, independientemente de cualquier razón, se permitiría el desmantelamiento de esta forma de Estado y su ordenamiento jurídico se convertiría en un conjunto normativo puramente tecnocrático o funcional sin ninguna referencia a un sistema de valores<sup>288</sup>.

<sup>284</sup> HASSEMER, Winfried. *Rasgos y crisis del Derecho penal moderno*. op. cit. pág. 243.

<sup>285</sup> Para DERENCINOVIC el tema central en la prevención y erradicación de la corrupción es cómo optimizar el marco jurídico existente en lugar de substituirlo por otros recursos. Es decir, en vez de introducir un nuevo delito dentro de la legislación anticorrupción, la atención debería centrarse en cómo mejorar las herramientas jurídicas ya existentes como también el sistema de confiscación de los productos y beneficios derivados de los actos de corrupción, todo esto, para desmotivar a los potenciales autores a participar en las diferentes formas de intercambio ilegal. A parte de esto, el citado autor sostiene que la introducción del delito de enriquecimiento ilícito puede ser manipulado de varias formas y con propósitos mal intencionados, especialmente para imputar falsas acusaciones u otros delitos similares no apoyados en ninguna prueba tangible (DERENCINOVIC, Davor. *Criminalization of illicit enrichment*. Freedom from fear magazine. Año 2010. Vid: <http://www.freedomfromfearmagazine.org>).

<sup>286</sup> Para CORCOY BIDASOLO, la diferencia entre un Derecho penal con manifestaciones propias del Derecho penal del enemigo y otro que la autora llama “Derecho penal de los ciudadanos de tercera”, estriba básicamente en que, en éste último, la quiebra de los principios inspiradores del Derecho penal procedentes del Estado Social y Democrático no es explícita, no es flagrante, no se justifica sino que se va introduciendo paulatinamente a través de sucesivas reformas procesales y penales que afectan el sistema de penas o en el juego de atenuantes y agravantes, entre otros factores (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Sistema de penas y líneas policriminales de las últimas reformas del código penal. ¿Tiende el Derecho penal hacia un Derecho penal de dos velocidades?*, en: Cancio Meliá, Manuel; Gómez-Jara Díez, Carlos (Coordinadores): *Derecho penal del enemigo*. Volumen 1. Editorial BdeF. Montevideo-Buenos Aires. Año 2006. pág. 384).

<sup>287</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*. op. cit. pág. 26.

<sup>288</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *El nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado “Derecho penal del enemigo”*. op. cit. pág. 171.



Si la política criminal necesariamente está orientada por un fin general que no es otro que el modelo de sociedad que se aspira idealmente<sup>289</sup>, quiere decir que la propia sociedad está legitimando a través de la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito el menoscabo de sus propias garantías por criterios de seguridad y eficacia. A nuestro juicio, es inaceptable que bajo la idea de seguridad se legitime el menoscabo de las garantías fundamentales que amparan a los ciudadanos del poder descontrolado del Estado, porque lo que se conseguiría es introducir más inseguridad. Además, todo aquel que comparte esta idea puede en algún momento delinquir (en atención a que todas las personas son delincuentes potenciales), y en ese caso, cuando el Estado dirija su pretensión penal contra él, poniendo en peligro su libertad y vulnerando sus garantías constitucionales, sentirá esa inseguridad jurídica en su propia persona y es más que seguro que no seguirá validando un Derecho penal con esos contornos. Compartimos con GARCÍA RIVAS la idea de que los principios jurídicos constitucionales son irrenunciables por parte del legislador a la hora de configurar las estrategias punitivas criminales. Aquellos deben operar como filtros de la potencia punitiva, y en ningún caso puede apelarse a su sustitución, modificación, a su directa conculcación en virtud de la alegación de criterios de eficacia<sup>290</sup>.

Desde nuestro punto de vista, existen varios argumentos para afirmar que esta respuesta penal es predominantemente simbólica y es presentada por el legislador como una aparente solución a los problemas de criminalidad en la función pública que en realidad no se consigue, es decir, se vende al ciudadano una falsa apariencia de efectividad que fracasa por un inevitable déficit de ejecución. Toda norma penal que se presenta en la realidad jurídica con elementos que puedan etiquetarse como derivados de un Derecho penal autoritario, no es buena ni deseable, por lo que debe ser derogada y excluida del ordenamiento positivo. Siempre es posible y preferible luchar contra el fenómeno de la corrupción desde el Derecho penal garantista, respetuoso con la Constitución y los derechos fundamentales del hombre, aunque esto suponga una disminución de la efectividad del *ius puniendi*, porque la libertad y la dignidad de los ciudadanos no pueden ser vulneradas bajo ningún motivo. En un Estado Social y Democrático de Derecho como el establecido en la República del Paraguay, no puede considerarse legítimo y racional el delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04, ya que su realidad normativa infringe los principios más elementales del modelo penal establecido en el ordenamiento jurídico penal, por lo que de acuerdo al art. 137 de la CNP que expresamente dice: “carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta constitución”, debe declararse su inconstitucionalidad y procederse a su inmediata derogación. En caso de que los encargados de la política criminal decidan mantener vigente a este delito, sería necesario de *lege ferenda* atenuar la gravosidad de la pena prevista en el art. 3.1° de la Ley N° 2523/04 que es de uno a diez años de pena privativa de libertad, a los efectos de adecuarla a los marcos penales conminados para otros delitos de igual clase y que protegen el mismo bien jurídico.

Como última reflexión, es preocupante la tendencia que actualmente está adoptando el legislador paraguayo en cuanto a la política criminal que dirige a la lucha contra la delincuencia de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones públicas, tipificando figuras penales como el enriquecimiento ilícito cuyas manifestaciones y características reflejan un modelo que la doctrina ha denominado de “excepción” y que ha sido introducido por algunos países exclusivamente para delitos extremadamente graves relacionados con el tráfico de drogas o el terrorismo, entre otros. En efecto, la delincuencia cometida en la función pública no reviste esos

<sup>289</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Viejas y nuevas tendencias políticocriminales en las legislaciones penales*, en: Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Sanz Mulas, Nieves (Coordinadores): *Derecho penal de la democracia vs. seguridad pública*. XVII Congreso de Alumnos Universitarios de Derecho Penal. Editorial Comares. Granada. Año 2005. pág. 125.

<sup>290</sup> GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. Año 1996. pág. 105.

contornos, ya que no se destaca por hechos violentos, de sangre y extrema conmoción social o por actividades que afectan la salud de las personas.

En cuanto a las demandas sociales de mayor efectividad del recurso punitivo, es nuestra opinión que el legislador puede cumplir dicho objetivo mediante las siguientes acciones: 1) la reforma de los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas previstos en el CPPyo a fin de adaptarlos a los nuevos contornos que presenta la corrupción en nuestros días, 2) el perfeccionamiento de los instrumentos preventivos dispuestos en el Derecho administrativo para hacer frente a la corrupción pública, 3) mayor control de los organismos fiscalizadores del Estado en cuanto a la transparencia de los patrimonios y actos económicos de los miembros de la función pública y 4) políticas integrales dentro de la función pública que permitan una mayor interiorización en los miembros de la función pública de los deberes, obligaciones y prohibiciones que delimitan y caracterizan a su rol social, además de otras enfatizadas a la reivindicación de sus derechos laborales. Un Derecho penal que vaya acompañado de las citadas acciones estatales, enmarcado en un modelo que parte de la propia idea de democracia y ajustado a los límites infranqueables previstos en el Estado Social y Democrático de Derecho, sólo puede hacer frente eficazmente a la extendida y grave corrupción existente en la función pública paraguaya.

## CONCLUSIONES

La evaluación crítica al objeto de estudio propuesto en este trabajo de tesis doctoral ha permitido establecer una serie de consideraciones a modo de conclusión:

1. La corrupción es un fenómeno universal que siempre ha acompañado al hombre y se ha presentado en todos los sistemas jurídico-políticos de su historia. Es un obstáculo para el crecimiento sostenible de un Estado, pues sus efectos crean situaciones adversas para el desarrollo económico, la equitativa distribución de los ingresos y la legitimidad del sistema político. Los beneficios generados por el proceso de globalización han sido utilizados de manera maliciosa por los agentes corruptos para profesionalizarse y crear nuevas formas de corrupción, que muchas veces se encuentran fuera del alcance de los sistemas preventivos de control del Estado. La corrupción llevada a cabo en la organización funcionarial del Estado se denomina corrupción pública y es la que más daños produce a la estructura social de un país porque utiliza a los funcionarios públicos para alcanzar sus fines ilícitos, lo que conlleva la deficiente satisfacción de los intereses generales de la ciudadanía y la pérdida de confianza en las instituciones públicas.

2. Entre las diversas y variadas causas que favorecen a la corrupción, la mala posición remuneratoria de los funcionarios públicos y el debilitamiento de las expectativas de su rol social, son los factores que más contribuyen a la aparición de este fenómeno en la función pública. Los bajos salarios y las ineficaces políticas retributivas existentes para los miembros de la función pública obligan a los agentes a conseguir de cualquier modo los medios suficientes para satisfacer sus propias necesidades básicas y las de su familia, incluso, a través de la desviación de sus deberes funcionales. Además, muchos Estados presenta una estructura funcionarial débil, carente de una sólida cultura administrativa y ética, lo cual es un importante factor que aumenta el riesgo de corrupción.

3. El objeto de tutela afectado por la corrupción es la función pública. Todo Estado auténticamente democrático exige una función pública que cumpla, desarrolle y alcance eficientemente los fines por los cuales ha sido creada, que no son otros que los establecidos en la Constitución. En ese sentido, la CNP en los arts. 101 al 106 fija y garantiza de modo general las finalidades de la organización funcionarial, un conjunto de obligaciones y derechos irrenunciables a los funcionarios públicos de carácter funcional, económico y social, como así también, el régimen de responsabilidad al que están sometidos en el ejercicio de sus cargos. Toda política criminal dirigida a dar respuesta a la delincuencia ligada a la corrupción pública debe primeramente comprender el contexto en donde se realiza el comportamiento que afecta al objeto de protección y el sujeto que lo realiza, lo que implica el estudio de qué es la función pública, cuales son sus fines, su estructura y, por sobre todo, al funcionario público y el papel que cumple en dicha organización funcionarial.

4. El Derecho penal es un sistema de control social del Estado que tiene por finalidad la protección de los bienes jurídicos fundamentales del hombre y la sociedad. El estudio del bien jurídico es una tarea ineludible para comprender qué es lo que efectivamente protege un tipo penal e identificar cuales son los comportamientos socialmente dañosos para ellos. Además, el concepto de bien jurídico debe expresar un contenido capaz de precisar los verdaderos intereses transcendentales para el contexto social, y que permita asimismo, cumplir su función de límite a la intervención penal del Estado en los derechos fundamentales del individuo. En base a ello, no existe duda de que la función pública es y debe ser considerada un bien jurídico digno de protección en cuanto se erige en una institución encargada de proporcionar los medios materiales que posibilitan el libre desarrollo del hombre y la sociedad, y por consiguiente, el Derecho penal debe intervenir conminando con pena aquellas conductas que dificulten o

imposibiliten gravemente el correcto desenvolvimiento de los servicios públicos con los cuales la función pública cumple y hace efectivos sus fines.

5. De todas las teorías propuestas por la doctrina que intentan determinar cual es el aspecto de la función pública cuya vulneración se pretende evitar con los delitos de funcionario público, la que mejor se adecua a los postulados de la Constitución es la que defiende el correcto funcionamiento de la función pública desde los puntos de vista interno y externo. El primer aspecto tiende a tutelar la relación «funcionario-función pública» manteniendo incólume la integridad de la organización funcionarial disuadiendo a los funcionarios a que quebranten los deberes de su cargo y con ello puedan perturbar la correcta prestación de los servicios públicos. El segundo aspecto pretende tutelar la relación «función pública-sociedad», consistente en las actividades que la organización funcionarial realiza en beneficio de la sociedad. Con ello se evita cualquier tipo de obstáculo que pueda limitar a los ciudadanos el ejercicio efectivo de sus derechos subjetivos fundamentales.

6. La función pública es considerada un bien jurídico supraindividual institucional. Es supraindividual porque no constituye un interés que pueda ser detentado individualmente, por lo que su titularidad pertenece a una generalidad de personas y cuya extensión corresponde a la comunidad política de un país. Es institucional porque las distintas actividades de interés general que realiza en beneficio de los ciudadanos son gestionadas y protegidas por las instituciones del Estado. Desde el punto de vista penal, el bien jurídico «función pública» ha sido protegido a través de la técnica de los delitos de peligro abstracto, pues es difícil acreditar un menoscabo apreciable al sustrato de esta clase de bienes. A través de los delitos de funcionario público el legislador incrimina comportamientos que expresan desviaciones funcionales que, en relación al bien jurídico tutelado, los considera peligrosos y capaces de afectar las condiciones necesarias para su correcto funcionamiento.

7. Desde el ámbito internacional se ha dado una especial importancia para el correcto funcionamiento, la confianza y la transparencia del Estado, que los bienes que circulan por los patrimonios de los funcionarios públicos sean de carácter lícito y de acuerdo a sus legítimas posibilidades económicas. Entre las figuras penales que se contemplan en los más importantes instrumentos internacionales sobre corrupción destaca el delito de enriquecimiento ilícito, el cual persigue la obtención de bienes ilícitos que se presumen derivados de actividades criminales cometidas por los agentes públicos en el ejercicio de sus cargos. El delito de enriquecimiento ilícito ha tenido primeramente repercusión regional gracias a las CICC y CUAC, y un fuerte impulso a nivel global por instancias de la CNUCC como herramienta útil para combatir la corrupción, habiendo en la actualidad más de 50 países en todo el mundo que lo han tipificado dentro de su legislación penal.

8. A pesar del tratamiento y promoción que ha recibido el delito de enriquecimiento ilícito en instrumentos internacionales regionales y universales, no puede negarse su carácter controvertido en la comunidad internacional pues muchas iniciativas sobre corrupción no lo han previsto en sus textos, tal es el caso de los convenios sobre la materia impulsados por el Consejo de Europa y la Unión Europea. La falta de aceptación global de este delito demuestra las reticencias y desacuerdos que existen sobre las supuestas virtudes político criminales que depara su tipificación, en contrapartida a otras figuras penales cuya inclusión en los convenios internacionales ha sido más pacífica, como el cohecho o el blanqueo de capitales, que sí han tenido un amplio consenso y respaldo político por parte de la comunidad internacional.

9. En las iniciativas supranacionales que sí contemplan el delito de enriquecimiento ilícito (CICC, CUAC y CNUCC), su inclusión no ha estado exenta de polémicas por su cuestionada constitucionalidad, ya que su estructura típica estaría en contradicción con el derecho a la

presunción de inocencia al invertir la carga de la prueba en contra del funcionario, siendo él quien debe demostrar que los bienes que posee tienen un origen lícito. En consecuencia, y ante la posibilidad de que el delito de enriquecimiento ilícito pueda no ajustarse a los principios constitucionales de los países contratantes, su inclusión en las respectivas convenciones ha sido subordinada a que sea prevista en una norma de aplicación condicionada por una cláusula de salvaguarda que refiere que su tipificación se llevará a cabo siempre que se ajuste a la Constitución y a los principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico nacional.

10. La falta de regulación expresa de la cláusula de salvaguarda ha llevado a muchos Estados que decidieron no tipificar el delito de enriquecimiento ilícito a aplicar de forma incorrecta instituciones de Derecho internacional cuyos efectos se asemejan a los de la cláusula de salvaguarda (por ejemplo, el régimen de reservas) o, en otros casos, directamente lo han dejado de tipificar sin emitir ninguna manifestación al respecto. Todo Estado que desee hacer efectiva la cláusula de salvaguarda debe realizar el previo debate legislativo sobre la compatibilidad del delito de enriquecimiento ilícito con los principios constitucionales y legales de su ordenamiento jurídico, y en caso de discrepancia, como segundo paso, debe emitir una declaración oficial comunicando al organismo internacional encargado del convenio las circunstancias que expresan y justifican los conflictos internos que supondría la introducción de este delito en su ordenamiento penal, a fin de que la decisión del Estado en cuestión quede convalidada y pueda legítimamente abstenerse de tipificarlo.

11. El delito de enriquecimiento ilícito incrimina unos hechos socialmente desvalorados que son los incrementos patrimoniales injustificados de los funcionarios públicos, y para contrarrestarlos el Estado ha implementado como primera política de prevención un conjunto de medidas e instrumentos de carácter administrativo que de acuerdo al principio de intervención mínima tienen aplicación previa al Derecho penal. En primer lugar, la LFPP se erige en la primera barrera de contención contra los actos de corrupción al establecer un conjunto de deberes funcionales a los servidores públicos que delimitan el ámbito de lo permitido en el ejercicio de sus funciones. En segundo lugar, se destaca la actuación de la CGR, que tiene encomendada el diseño, control y fiscalización de la declaración jurada de bienes y rentas en la que todos los funcionarios públicos deben declarar bajo juramento la situación real de los bienes y obligaciones que integran su patrimonio. En la actualidad, este procedimiento técnico-financiero es necesario no sólo para la transparencia del Estado, sino también para detectar aquellos casos donde se presente como aparente un enriquecimiento indebido del funcionario público, lo que permite adoptar las acciones pertinentes para investigar los actos que dieron lugar al ilícito enriquecimiento patrimonial y punir esas conductas.

12. Sin embargo, resulta evidente que estas instituciones y medios de control administrativo resultan ineficientes para hacer frente a la corrupción pública, pues este fenómeno y los excesivos patrimonios injustificados de los funcionarios no han disminuido en la función pública del Paraguay, siendo en nuestros días uno de los países más corruptos de toda la región latinoamericana y del mundo. La mayor falencia de la LFPP constituye su aplicación desigual a las distintas categorías de funcionarios públicos, ya que dispone en su art. 2 la exclusión de sus normas a todos los funcionarios de confianza y los que ejercen un cargo público altamente jerarquizado. Esto quiere decir que el legislador paraguayo conscientemente ha permitido que los funcionarios que más responsabilidades tienen en la gestión pública no se sientan influidos por el efecto correctivo y disuasorio de los deberes funcionales ni del sistema preventivo disciplinario. Por otra parte, el procedimiento de declaración jurada no se ajusta a los principios de publicidad y participación, puesto que la CNP ni la ley orgánica que reglamenta la CGR han otorgado carácter público al registro que contiene dichos documentos, lo que imposibilita el acceso y control irrestricto de la ciudadanía a la realidad patrimonial de los funcionarios públicos. Del mismo modo, se ha podido observar en el contexto americano y europeo la falta

de un sistema armónico de publicidad y control ciudadano sobre las declaraciones juradas de bienes y rentas, existiendo países que presentan sistemas públicos, semi públicos y reservados.

13. Para que el Derecho administrativo pueda constituirse en un eficaz medio de control anticipado al Derecho penal, creemos que el legislador debe tomar las siguientes medidas. En primer lugar, debe derogar el art. 2 de la LFPP para que todo el régimen legal de la función pública sea aplicable por igual a todos los funcionarios que prestan servicios en las distintas instituciones del Estado, a fin de que los deberes funcionales y los valores democráticos dirigidos a los miembros de la función pública se conviertan en un efectivo instrumento desincentivador de conductas corruptas. En segundo lugar, resulta urgente el tratamiento por parte del legislador de las objeciones establecidas en el veto total del Poder Ejecutivo a la Ley N° 2453/04 y su posterior promulgación como ley de la nación. Con ello se obtendrá un efectivo marco de medidas y sanciones administrativas destinados a reforzar la vigencia de la obligación constitucional de prestar declaración jurada de bienes y rentas. En tercer lugar, es imperioso que el legislador se encamine en la senda de los Estados que promueven la transparencia de la gestión pública, debiendo instaurar un sistema armónico público de declaración jurada de bienes y rentas que permita el control ciudadano del patrimonio de los funcionarios.

14. La interdicción de los enriquecimientos ilícitos se sustenta en el principio general del derecho que expresa que nadie puede enriquecerse injustamente a causa de otro, el cual ha sido consagrado y juridizado en varias ramas del Derecho positivo. La adopción de este principio por el Derecho penal ha sido justificada para hacer frente a las situaciones de desigualdad material que causan los enriquecimientos injustificados de los funcionarios dentro de la función pública, debido a que pueden crear conflictos en aquellos funcionarios que llevan una vida funcional honesta de acuerdo al salario que perciben del Estado y, especialmente, porque estas situaciones patrimoniales representarían los beneficios que los funcionarios corruptos obtienen de actos ilícitos que afectan los derechos de terceros, y que dado el carácter subrepticio de estos, su comisión no puede ser acreditada judicialmente por los órganos de persecución penal.

15. Muchos países han reconocido a la incriminación de los aumentos patrimoniales injustificados como herramienta eficaz para hacer frente a los múltiples problemas de ciertas modalidades de criminalidad. En Latinoamérica, el alto grado de impunidad derivado de los hechos de corrupción pública y los constantes enriquecimientos inexplicables de los miembros de la función pública han tenido respuesta mediante la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, cuyo injusto castiga a todo funcionario que enriquece excesivamente su patrimonio durante el ejercicio de sus funciones públicas y no puede justificar el origen lícito de dicho incremento. En cambio, en el continente europeo, Francia ha utilizado a los incrementos patrimoniales injustificados como elemento indiciario para perseguir a quienes participan o coadyuvan en la comisión de delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes, el proxenetismo o el terrorismo. Por su parte, España los utiliza como prueba indiciaria para demostrar la comisión de delitos contra la hacienda pública y corrupción. No obstante, la incriminación de estos hechos ha encontrado su principal proyección a nivel regional en la política criminal destinada a asfixiar económicamente a las organizaciones criminales a través del comiso ampliado. Esta técnica legislativa presume que los bienes que integran el patrimonio de una persona condenada por un delito de terrorismo u otro cometido en el marco de una organización criminal, provienen de las actividades delictivas realizadas por dicha organización, cuando el valor de los mismos sea desproporcionado con respecto a sus ingresos legales.

16. La República del Paraguay fue una de las primeras naciones latinoamericanas en prohibir penalmente el incremento patrimonial injustificado de los funcionarios públicos a través del delito de enriquecimiento ilegítimo previsto en el DL N° 448 de año 1940. La sanción de la CNP (1992) y la implementación del nuevo CPPyo (1997), habían instaurado en la realidad social un marco jurídico que hacía inaplicable la normativa dispuesta en el DL N° 448/40, por lo que

surgió la necesidad de cambiarla por otra acorde al nuevo sistema legal imperante y a los convenios internacionales suscriptos sobre corrupción. Bajo estos argumentos el legislador paraguayo sancionó la Ley N° 2523 del año 2004 que tipifica el nuevo delito de enriquecimiento ilícito en la función pública, señalando en la exposición de motivos que esta figura penal resultaba necesaria para evitar el estado de impunidad generado por las dificultades probatorias y deficiencias legislativas que existen en la persecución de los hechos de corrupción, lo cual constituye un contrasentido a los fundamentos que legitiman la intervención del Derecho penal en un Estado Democrático de Derecho, pues no se ha incriminado para proteger un bien jurídico, sino para alcanzar determinados objetivos político criminales relacionados con una mayor efectividad del sistema penal dirigido a combatir un determinado tipo de criminalidad.

17. Es controvertida la determinación del bien jurídico que tutela el delito de enriquecimiento ilícito. Si bien se ha tipificado el delito de enriquecimiento ilícito en una ley especial que complementa el Capítulo de los delitos que tienen por objeto la tutela de la función pública, las modalidades de ataque descritas en esta figura penal son incapaces de afectar mediata ni inmediatamente las condiciones de funcionamiento de la organización funcionarial, pues consisten en actos patrimoniales que son realizados enteramente en la esfera privada del sujeto activo en los que no se vislumbra un ejercicio abusivo o ilegal del cargo público. Desde nuestro punto de vista, el legislador en su finalidad de perseguir los enriquecimientos injustificados de los funcionarios públicos, ha incriminado modalidades de conductas (las previstas en el art. 3.1º, incs. a y b de la Ley N° 2523/04) tras las cuales no existe ninguna afectación del bien jurídico.

18. La doctrina y la jurisprudencia latinoamericana no han alcanzado un consenso sobre cuál es el ámbito del bien jurídico que se protege con las conductas punibles de enriquecimiento ilícito. Existen posturas que se sustentan en criterios como el erario público y otros más bien difusos como el prestigio y decoro de los funcionarios o la confianza ciudadana en la función pública que no pueden compartirse, los primeros, porque no todos los funcionarios ejercen cargos que les facultan a administrar y disponer recursos públicos, es más, existen delitos específicos en el código penal para esos casos que desplazarían la aplicación del delito de enriquecimiento ilícito, y los segundos, porque parten de concepciones inmateriales y abstractas que no demuestran un verdadero contenido de antijuricidad material al no adecuarse al modelo de función pública previsto en las constituciones, que impone la creación de tipos penales para salvaguardar el correcto funcionamiento de la organización funcionarial, como también las distintas actividades y servicios que presta a los miembros de la sociedad.

19. El autor del delito de enriquecimiento ilícito puede ser sólo un funcionario público, lo que confiere a esta figura penal el carácter de delito especial, pero además es “propio” ya que no existe un delito común paralelo que contenga el mismo injusto. Este delito contiene un concepto penal de funcionario público autónomo y más amplio que el previsto en el CPPyo que comprende a toda persona que presta servicios en cualquier órgano del Estado teniendo con ella un vínculo jurídico estatutario permanente o contractual, como también a aquellas personas que sin poseer la condición de funcionario público tienen facultades de uso, custodia, administración o explotación de fondos, servicios o bienes públicos. La extensión de la condición penal de funcionario público a particulares se justifica en que estos desempeñan actividades de finalidad pública, y a los ojos del legislador, adquieren relevancia para el bien jurídico al asumir una posición de garante derivada de una situación fáctica prevista en la norma penal. Sin embargo, el concepto de funcionario previsto en el delito de enriquecimiento ilícito debe ser cuestionado en atención a que el legislador castiga al particular con la misma gravedad que al funcionario, y no puede considerarse igual el desvalor de la conducta de un funcionario a la de un particular ya que éste último no ostenta dicha condición jurídica ni asume deberes funcionales públicos, de ahí que debería atenuarse su marco pena de acuerdo a su propio desvalor.

20. El legislador paraguayo ha seguido el criterio asumido en la CICC de establecer un ámbito temporal en el que deben producirse las conductas de enriquecimiento, el cual se extiende desde que el sujeto inicia el desempeño de sus funciones, hasta el momento en que pierde la condición de funcionario público. En cuanto a la conducta típica es importante destacar que esta no se reduce solamente al enriquecimiento «positivo» entendido como el incremento del patrimonio a consecuencia de la adquisición de la propiedad, posesión u usufructo de bienes económicamente valubles, sino que también comprende al enriquecimiento «negativo» que consistente en el mantenimiento del patrimonio mediante la disminución de su pasivo, es decir, por la cancelación de obligaciones que gravan al patrimonio.

21. El simple enriquecimiento patrimonial de una persona no puede constituir por sí solo la base de un injusto, y en consecuencia la ley penal ha establecido como presupuesto de la ilicitud del enriquecimiento que el valor de los bienes adquiridos o de las obligaciones canceladas por el funcionario sobrepase sus “legítimas posibilidades económicas”, elemento normativo que queda determinado en la diferencia resultante entre la suma de todos los ingresos permitidos por la ley a un funcionario público y la suma de todos sus egresos durante un periodo de tiempo que coincide con el desempeño del cargo público. No obstante, la desproporción del patrimonio con respecto a la capacidad económica del funcionario debe ser excesiva o de significativa entidad, lo cual es un parámetro necesario para apreciar en qué casos un enriquecimiento es atípico o penalmente relevante a efectos del delito de enriquecimiento ilícito.

22. La «no justificación del enriquecimiento» no puede ser considerada una *condición objetiva de punibilidad propia* como lo sostiene la doctrina mayoritaria, porque éstas restringen la pena en caso de no verse cumplida la condición; en cambio, en el delito de enriquecimiento ilícito sucede todo lo contrario, si el funcionario no justifica el enriquecimiento de su patrimonio su conducta cumple todos los requisitos del injusto y resulta punible. Las condiciones objetivas de punibilidad propias son requisitos añadidos en los correspondientes preceptos penales, pero no pertenecen al injusto ni a la culpabilidad; sin embargo, la justificación del origen lícito del enriquecimiento condiciona la esencia misma del tipo penal pues desvirtúa la presunción de ilicitud que pesa sobre el patrimonio del funcionario.

23. Desde nuestro punto de vista, la exigencia de justificación cumple la función de *condición objetiva de punibilidad impropia*, porque materialmente constituye un elemento normativo que no se encuentra fuera del injusto del enriquecimiento ilícito sino en él cuya existencia condiciona, a pesar de no estar incluida en la estructura del tipo penal para que no fuese abarcado por el dolo del autor. La formulación de una figura penal que centra su injusto en un elemento de estas características, demuestra la intención del legislador de beneficiar a los titulares de la acción penal pública suprimiendo la necesidad de probar que el enriquecimiento tiene origen en una determinada actividad delictiva, ya que ésta se presume realizada hasta que el funcionario acredite lo contrario.

24. A efectos del delito de enriquecimiento ilícito, para que la acción de justificar pueda eliminar la sospecha de ilicitud del comportamiento descrito en el tipo, el funcionario debe probar el origen lícito de su enriquecimiento patrimonial. El correcto sentido que debe otorgarse al término «justificar» estaría referido a una fuente jurídica lícita, es decir, exige al funcionario la demostración de que la adquisición de bienes o la cancelación de obligaciones que incrementaron su patrimonio fue posible a través de cualquier medio jurídico previsto en el ordenamiento legal distinto a los ingresos percibidos por el ejercicio de su cargo, en atención a que estos ya son tenidos en cuenta para calcular su capacidad económica.

25. El enriquecimiento ilícito puede ser considerado como un «delito de resultado con causalidad presunta» puesto que supone la existencia de un nexo entre el resultado de



enriquecimiento y un desempeño abusivo o ilegal del cargo, siempre que el patrimonio del funcionario experimente un excesivo aumento con posterioridad al inicio de sus funciones públicas. Este nexo de ilicitud entre el enriquecimiento y su poseedor se fundamenta en una relación causal hipotética en virtud a que no existe un ciento por ciento de certeza de que el incremento patrimonial haya tenido su origen en un hecho de corrupción cometido por el funcionario, ya que pudo haberse causado en una multiplicidad de conductas lícitas e ilícitas que no tienen relación con el ejercicio abusivo de un cargo público.

26. De acuerdo a su estructura típica, no cabe duda de que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito de sospecha, en cuanto presume la comisión por parte del funcionario de hechos de corrupción que no pueden ser probados, ya sea por un vacío legal, por faltas de pruebas o por la ineficiencia de los órganos de persecución penal. La presunción sobre la que se sustenta el tipo es «*iuris tantum* o relativa», pues permite al funcionario presentar pruebas suficientes que hagan desvirtuar la sospecha que pesa en su contra mediante la justificación de que su enriquecimiento patrimonial proviene de fuentes lícitas. Basta que concurren los elementos objetivos descritos en el tipo que sirven de base a la presunción legal establecida por el legislador, más la no justificación del funcionario para que la pena sea aplicada al mismo. A contrario sensu, si justifica el origen lícito de su enriquecimiento destruye el enlace entre indicios y hecho presunto inferido en el tipo y su conducta resulta atípica. Esta técnica legislativa debe censurarse porque no centra la responsabilidad penal en un hecho delictivo concreto atribuido al funcionario, sino en la mera sospecha de haber cometido un delito que queda indeterminado, lo cual vulnera los principios de culpabilidad y seguridad jurídica.

27. El delito de enriquecimiento ilícito se aplica cuando no puede probarse el acto ilícito generador del excesivo enriquecimiento del funcionario, de ahí que la doctrina sostenga de forma contundente su consideración de delito subsidiario. Desde esta perspectiva, el delito de enriquecimiento ilícito estaría incriminando comportamientos post-delictivos en fase de agotamiento de un previo delito contra el ejercicio de las funciones públicas que no puede acreditarse judicialmente, pues de lo contrario, si el hecho punible generador del enriquecimiento queda demostrado debería aplicarse el delito específico previsto en el código penal que lo contempla y sanciona. Ello supone que el bien jurídico ya se encuentra vulnerado por el delito previo, por lo que la sanción penal del mero incremento patrimonial injustificado nada añade al menoscabo sufrido por el interés de tutela.

28. La *ratio legis* de esta figura penal no sería otra que la de evitar la impunidad de todo acto de corrupción realizado por un funcionario con el fin de enriquecer ilícitamente su patrimonio, y para ello el legislador ha convertido en delito aquellos actos que presume son post-delictivos de aprovechamiento y disfrute de los efectos obtenidos indebidamente por el agente que quedan materializados en su excesivo aumento patrimonial. Esto demuestra la irracionalidad legislativa que deriva del delito de enriquecimiento ilícito, ya que la creación de una figura penal no puede obedecer a la existencia de espacios vacíos penales o de insuficiencias probatorias, sino solamente en la necesidad de proteger bienes jurídicos.

29. En virtud a que el enriquecimiento ilícito es un delito especial propio, sólo quien posea la condición de funcionario público puede realizar los elementos objetivos del tipo en carácter de autor, de acuerdo a los arts. 2 de la Ley N° 2523/04 y 29.1 del CPPyo. Se admite la posibilidad de la coautoría cuando dos sujetos que poseyendo la condición de funcionario público contribuyen a la realización del tipo penal mediante actos parciales ejecutivos de forman conjunta y bajo un plan global o acuerdo mutuo, como sería el caso de dos funcionarios cónyuges que comparten una misma realidad patrimonial, y de acuerdo a un previo acuerdo, realizan cada uno de ellos actos parciales de adquisición de bienes que independientemente no

reviste significancia económica, pero que tomados todos en su conjunto, el valor de los mismos supera excesivamente las legítimas posibilidades económicas de ambos consortes.

30. La estructura típica y las particularidades propias del delito de enriquecimiento ilícito hacen inviable la aplicación de la autoría mediata. Este delito se sustenta en la presunción de que el funcionario ha cometido hechos de corrupción previos que no pueden probarse, lo que conlleva a que las categorías jurídico-penales queden condicionadas por esa construcción. De esta manera, la autoría mediata no se daría en las conductas típicas del delito de enriquecimiento ilícito, si no en los supuestos hechos delictivos previos que producirían la mejoría patrimonial del funcionario, y que por ser presuntos no se identifican. Como es lógico, si se demuestra el delito previo que da origen al incremento patrimonial, la responsabilidad del autor mediato se determinará por los contornos de ese ilícito penal y no por el delito de enriquecimiento ilícito.

31. De igual forma debe rechazarse la instigación como forma de participación en el delito de enriquecimiento ilícito, pues resulta poco probable que un sujeto determine a un funcionario la simple resolución de aumentar excesivamente su patrimonio por encima de sus legítimas posibilidades económicas. Se insiste que este delito estaría castigando comportamientos post-delictivos en fase de agotamiento de un delito contra la función pública que no puede ser comprobado judicialmente, de ahí que, en todo caso, la intervención del instigador hubiese causado la resolución criminal de los delitos previos que presuntamente hacen posible la mejoría patrimonial del funcionario, pero que al ser impunes (por su imposibilidad de prueba) no conllevan ningún tipo de responsabilidad para este sujeto. No puede negarse la posibilidad de apreciar conductas de complicidad en este delito, debiendo el juez o tribunal determinar en cada caso concreto si existió un acto de colaboración o ayuda al autor conducente a la realización de alguna de las conductas típicas.

32. Los tribunales penales paraguayos que han juzgado casos de enriquecimiento ilícito han aplicado los postulados de la teoría de los delitos de infracción de deber para no dejar impune los casos en que un funcionario se prevalece de un *extraneus* plenamente responsable para cometer el delito de enriquecimiento ilícito, condenando al primero como autor por infringir sus especiales deberes extra penales a pesar de no haber realizado el tipo, y al segundo como cómplice por no poseer la cualidad jurídica exigida para ser autor. Este planteamiento debe cuestionarse y ser rechazado por ser incompatible con los principios de legalidad y accesoriedad de la participación. Como criterio de solución a estos casos de impunidad, y respetando el principio de legalidad, se propone que de *lege ferenda* se incluya expresamente en el tipo penal de enriquecimiento ilícito la posibilidad de que el funcionario pueda enriquecer su patrimonio a través de una persona interpuesta, siguiendo la misma técnica legislativa adoptada por otras legislaciones nacionales en relación a este delito.

33. El enriquecimiento ilícito es un delito de consumación instantánea o progresiva, ya que el funcionario puede enriquecer su patrimonio a través de un solo acto de adquisición de bienes o de cancelación de obligaciones que en cuanto a su valor sobrepase sus legítimas posibilidades económicas, como también por una serie de actos parciales orientados a la obtención del resultado típico que en cuanto a sus montos son insignificantes, pero que valorados en conjunto adquieren notoriedad suficiente para generar un juicio de imputación. Por otra parte, entendemos que la estructura típica de este delito rechaza la tentativa. La consumación de este delito requiere que el enriquecimiento patrimonial sea apreciable o excesivo, y aunque el agente realice todos o algunos de los actos ejecutivos que según su representación son anteriores a la consumación, dichos comportamientos serían incapaces de poner en peligro el bien jurídico al no producir el resultado cuantitativamente exigido por el tipo. Además, cuando no existe el enriquecimiento exigido por la norma penal, el funcionario no tiene nada que justificar, por lo que las posibilidades de un comportamiento tentado decaen.

34. El delito en estudio sólo puede cometerse dolosamente en razón a que el legislador no ha mencionado expresamente en el tipo la modalidad culposa o imprudente, siguiendo el criterio asumido por el art. 20 de la CNUCC que exige que el funcionario público debe cometer el delito de enriquecimiento ilícito “intencionalmente”, es decir, con dolo directo. En este sentido, el dolo debe abarcar todos los presupuestos objetivos descritos en las modalidades de conducta típica debiendo comprender el sujeto que está en posesión del status de funcionario público, que realiza actos de adquisición de bienes o cancelación de obligaciones capaces de producir el incremento o mejoramiento de su patrimonio personal, y por sobre todo, que el valor de esos bienes u obligaciones sobrepasa excesivamente sus legítimas posibilidades económicas. En cuanto a la justificación del enriquecimiento, si bien ésta pertenece al injusto del delito, se encuentra desvinculada del aspecto subjetivo del agente dada su consideración de *condición objetiva de punibilidad impropia*.

35. Se debe criticar la falta de atención e incoherencia con la que el legislador ha establecido las consecuencias jurídico-penales derivadas de la comisión del delito de enriquecimiento ilícito. La magnitud de la pena privativa de libertad no guarda proporción con la gravedad de las conductas típicas, ya que describen simples actos económicos realizados en la esfera privada-patrimonial del funcionario, no siendo idóneos para afectar al bien jurídico. Por otra parte, es preocupante la desatención en la que ha incurrido el legislador al establecer en la Ley N°2523/04 la pena de inhabilitación especial sin que la misma se encuentre prevista y regulada en el CPPyo. En observancia al principio de legalidad, es necesaria de *lege ferenda* la inclusión y regulación legal de la pena de inhabilitación en la clasificación de penas prevista en el art. 37 del CPPyo a los efectos de alcanzar un único y coherente sistema de sanciones aplicable a todos los delitos de funcionario público.

36. Es preocupante la forma que afecta el delito de enriquecimiento ilícito a los presupuestos de aplicación del comiso de beneficios o ganancias, ya que en estos casos el funcionario es privado de la propiedad de sus bienes sobre la base de una sospecha de ilicitud (se presume que ha cometido actos de corrupción), y no por haber tenido origen en un hecho delictivo cometido por él, concretado y probado en la sentencia condenatoria. La medida del comiso es la cantidad de bienes que posee el funcionario que en cuanto a su valor superan excesivamente sus legítimas posibilidades económicas y no tuvieran un origen lícito debidamente justificado. Según nuestra opinión, el comiso de bienes llevado a cabo de esta manera constituye un claro acto de confiscación, pues existe una privación por parte del Estado de todo o parte del patrimonio del funcionario sin que exista una vinculación directa con la comisión de un determinado hecho delictivo.

37. La naturaleza subsidiaria del delito de enriquecimiento ilícito no permite el concurso ideal con otro delito contra el ejercicio de las funciones públicas del cual se tiene certeza es el origen de los beneficios que han enriquecido el patrimonio del funcionario, quedando desplazado por éste en atención a que su injusto ya comprende por sí solo todo el desvalor del enriquecimiento ilícito. Esta solución es la más correcta, pues si se le atribuye al funcionario ambos ilícitos penales se estaría sancionando más de una vez a la misma persona por unos mismos hechos, lo que contradice el principio *non bis in idem*. Por tanto, si se presenta en la práctica este tipo de situaciones existiría un concurso de leyes, debiendo resolverse aplicando el *principio de consunción* que indica que un precepto desplaza a otro cuando por sí solo incluye el desvalor que éste supone. En base a estas ideas, puede afirmarse que el delito de enriquecimiento ilícito describe comportamientos que formarían parte de la progresión criminal o *iter criminis* de otro delito preferente que protege un idéntico bien jurídico y posee el mismo sujeto activo.

38. Parte de la doctrina entiende que el delito en estudio vulnera el principio de determinación legal en razón a que muchos países han centrado el injusto en el simple incremento patrimonial

injustificado sin establecer con claridad qué circunstancias tornan ilícito a ese enriquecimiento, dejando en manos del juez la integración de los restantes elementos del tipo. Sin embargo, el legislador paraguayo ha seguido una técnica legislativa diferente al definir de forma clara y sencilla las modalidades de conducta con elementos descriptivos. Aunque el presupuesto de ilicitud del enriquecimiento ha sido descrito con elementos normativos, sería igualmente accesible a la comprensión de sus destinatarios porque se refieren a situaciones que forman parte de su vida social, ya que se acepta que cualquier ciudadano realiza una proyección sobre la disponibilidad económica que le confieren sus ingresos para adquirir bienes que antes no poseía o para hacer frente a sus gastos. De esta forma, el delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 2523/04 tiene la ventaja de comunicar el contenido de la conducta punible de un modo más concreto que los dispuestos en otras legislaciones penales latinoamericanas, por lo que se encontraría más acorde con el principio de determinación legal.

39. Un Derecho penal ajustado a los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho no sólo requiere que los delitos contengan conductas típicas debidamente descritas y comprensibles para sus destinatarios, sino también que éstas produzcan una lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, todo esto, de acuerdo al principio de lesividad u ofensividad. Partiendo de que los delitos previstos en el Capítulo III del Título VIII del CPPyo protegen el correcto ejercicio de las funciones públicas, puede afirmarse que el delito de enriquecimiento ilícito describe conductas punibles que ni siquiera pueden considerarse peligrosas ya que no tienen vinculación alguna con un abuso o ejercicio ilegal de un cargo público, por lo que serían incapaces de alterar o poner en peligro los fines constitucionalmente asignados a la función pública. Al haber creado el legislador un delito que describe conductas punibles sin referencia alguna a un desvalor del resultado, ha intervenido ilegítimamente en la esfera privada del sujeto activo, rebasando así los límites dentro de los cuales el Derecho penal le permite actuar.

40. El delito de enriquecimiento ilícito infringe el principio de proporcionalidad debido a la excesiva e irracional gravedad que presenta su marco penal abstracto, circunstancia que ha quedado evidenciada desde tres puntos de valoración: a) el delito en estudio tiene por objeto la protección de un bien jurídico supraindividual a través de un marco penal base que es igual o inclusive mayor al de otros delitos que tutelan bienes jurídicos individuales; b) la penalidad prevista en el delito de enriquecimiento ilícito no guarda proporción con los marcos penales establecidos para otros delitos de funcionario público que protegen el mismo bien jurídico. Así, los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas previstos en el CPPyo contienen unos marcos penales base cuyo denominador común no sobrepasa los seis meses de pena mínima y cinco años de pena máxima privativa de libertad; en cambio, el enriquecimiento ilícito se castiga con una sanción legal que duplica en gravedad tanto la pena mínima como la pena máxima prevista para los delitos de su mismo grupo, y c) no existe relación de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad objetiva de las conductas incriminadas, pues es difícil suponer que el enriquecimiento injustificado de un funcionario pueda perturbar las actividades y servicios que las instituciones públicas prestan a los ciudadanos.

41. La realidad penológica del delito de enriquecimiento ilícito trae consigo efectos estigmatizantes e irreparables al condenado que no se concilian con el fin resocializador que la CNP ha dado a las penas, puesto que es injusto e inadecuado aplicar una pena carcelaria de larga duración, que puede oscilar de uno a diez años, para que una persona consiga en el futuro ajustar su vida patrimonial acorde con los ingresos legítimos que le permite la ley.

42. El principio de culpabilidad es vulnerado por este delito al presumir la realización de unos actos indeterminados de corrupción cuando un funcionario no puede justificar la desproporción existente entre el excesivo enriquecimiento de su patrimonio y sus ingresos legales, aunque dicha sospecha puede ser desvirtuada por la prueba en contrario, lo que convierte a la

presunción contenida en el tipo en *iuris tantum* y la no justificación del origen lícito del enriquecimiento en presupuesto de la pena. Esta técnica legislativa supone un claro desconocimiento del “principio de responsabilidad por el hecho propio” que exige la imposición de una pena sobre la base de una conducta real cometida de forma dolosa o imprudente, y que a su vez veda el castigo de hechos presuntos.

43. El derecho a la presunción de inocencia otorga a todo ciudadano imputado por un delito un status jurídico que le garantiza que será considerado inocente hasta que se demuestre lo contrario. En consecuencia, se afirma que el delito de enriquecimiento ilícito no es respetuoso con este derecho fundamental, porque presume la culpabilidad de todo funcionario que haya sido imputado por este delito invirtiéndose la carga de la prueba en su perjuicio, quedando obligado a demostrar su inocencia si quiere que la pena no sea efectivamente aplicada a su persona. Es evidente que la finalidad del proceso penal queda alterada a consecuencia de la presunción que se desprende del tipo penal, ya que no se instaura para descubrir la verdad sobre la comisión de un determinado hecho punible atribuido al funcionario, sino para que éste demuestre su inocencia. Un proceso con estas características resulta incompatible con el modelo procesal acusatorio adoptado por el CprocPPyo que establece que la carga de la prueba corresponde exclusivamente al ministerio público, exigiéndose a ésta institución pública la realización de una actividad probatoria suficiente que demuestre en juicio todos los presupuestos del delito que atribuye a un imputado.

44. La decisión del legislador de fundamentar la pena sobre la base de la no justificación del origen lícito de un patrimonio constituye una violación del derecho a no declarar que se desprende del derecho a la presunción de inocencia. En efecto, el tipo penal de enriquecimiento ilícito exige al imputado la realización una determinada actividad probatoria para evitar las consecuencias del delito, quedando restringida su opción de permanecer callado durante el proceso, pues su silencio siempre le perjudicará al no desvirtuar la presunción de culpabilidad que pesa en su contra.

45. El principio *in dubio pro reo* no tiene aplicabilidad real en estos casos, debido a que el juez o tribunal entiende probado el delito con la sola acreditación de los indicios sobre los que se sustenta el hecho que se presume, siempre que el funcionario no demuestre lo contrario. El juez es libre para decidir si concurren estos indicios, pero una vez comprobados ha de aplicar el precepto penal aunque dentro de su convicción no le demuestren la plena certeza de que el funcionario ha realizado un determinado delito para enriquecerse.

46. Además, el delito de enriquecimiento ilícito vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo, pues su exacerbado marco penal tiene la función de coaccionar al funcionario a que declare el origen de su patrimonio, sea lícito o no. Desde la perspectiva de la segunda hipótesis, si el funcionario no tuviese pruebas para demostrar la licitud de su patrimonio y viendo que su silencio le será adverso, no tendrá otra opción que declarar a conciencia en su contra manifestando el hecho delictivo con el cual se enriqueció con tal de sufrir el menor de los males, tratando que sea imputado y condenado por un delito que tuviese una pena inferior a la del enriquecimiento ilícito. Con esta técnica legislativa el legislador pretende que los hechos de corrupción surjan de su clandestinidad a través de sus propios autores, consiguiendo con ello deslindar al ministerio público la tarea de probar esos hechos ilícitos.

47. El análisis dogmático realizado al delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N°2523/04 revela que su configuración vulnera de forma grave principios de naturaleza sustantivo penal que limitan la intervención del *ius puniendi*, como también garantías constitucionales relativas al debido proceso. Esto se debe a que el legislador ha decidido estructurar el injusto de este delito mediante la técnica de los delitos de sospecha para solucionar

los vacíos legales que presenta la legislación anticorrupción y las insuficiencias de prueba que imposibilitan la correcta persecución penal de los hechos de corrupción pública, sin importar el costo que ocasiona dicha decisión legislativa a las garantías básicas del sistema penal establecidas en la Constitución. En otras palabras, se ha tratado de solucionar los problemas de criminalidad existentes en la función pública a través de una figura penal en cuya incriminación ha primado más el sacrificio de los derechos fundamentales del hombre para fortalecer la eficiencia del sistema penal del Estado, de ahí que corresponda afirmar su inconstitucionalidad.

48. Para finalizar, cabe destacar que los grandes casos abiertos de corrupción que existen actualmente en España, han promovido el debate sobre la necesidad de tipificar el delito de enriquecimiento ilícito en la legislación penal. El día 1 de agosto de 2013, el Presidente del Gobierno de España, Mariano Rajoy, en su comparecencia en el pleno del Congreso de los Diputados, ha manifestado a los grupos parlamentarios que una de las propuestas que pretendía impulsar para reforzar el control de la corrupción consistía en reformar el CPE para incluir, entre otras figuras penales, el delito de enriquecimiento injustificado de los funcionarios electos. Esta propuesta no fue incluida en el último Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del CPE remitido a las Cortes Generales en fecha 20 de septiembre de 2013, lo cual no obsta a que en futuras propuestas de reforma a la legislación penal, el actual Gobierno en funciones u otro distinto, decida tipificar el delito de enriquecimiento ilícito. En efecto, otras agrupaciones políticas como Unión, Progreso y Democracia (UPyD) han manifestado su apoyo a esta propuesta, y de forma más clara se sitúa el Grupo Parlamentario Socialista, que en fecha 2 de septiembre de 2013 ha presentado una Proposición de Ley Orgánica de Reforma del CPE en la cual se propone incluir específicamente en el art.444 bis el delito de enriquecimiento injustificado de autoridades y funcionarios públicos.

## BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado*, en: Losano, Mario; Muñoz Conde, Francisco (Coordinadores): *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2004.

ABELLA POBLET, Enrique. *Manual del impuesto sobre la renta de las personas físicas*. Publicaciones Abella. Madrid. Año 1980.

ACALE SÁNCHEZ, María. *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*. Editorial Comares. Granada. Año 2000.

AEDO, Cristian. *Reflexiones sobre la corrupción*, en: *Eficiencia, corrupción y crecimiento con Equidad*. Universidad de Deusto. Bilbao. Año 1996.

AGUADO CORREA, Teresa. *El comiso*. Editorial Edersa. Madrid. Año 2000.

— *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Editorial Edersa. Madrid. Año 1999.

— *Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. “Garantizar que el delito no resulte provechoso”*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología Nº 15. Año 2013.

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Editorial Thomson-Civitas. Pamplona. Año 2007.

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho administrativo*. Tomo I. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1970.

ALFONSO LARANGEIRA, Cesar; CONTRERAS SAGUIER, Javier; PEDA DEL PUERTO, Ricardo. *La subsunción como herramienta necesaria para la resolución de casos de delitos económicos*, en: Contreras Saguier, Javier; Preda del Puerto, Ricardo (Coordinadores): *Apuntes de derecho penal económico*. Editorial ICED. Asunción. Año 2012.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *El enriquecimiento sin causa*. 3ª Edición. Editorial Comares. Granada. Año 1993.

ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. *El concepto de necesidad en Derecho público*. Editorial Civitas. Madrid. Año 1996.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Editorial Comares. Granada. Año 2007.

ANARTE BORRALLO, Enrique. *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva. Año 2002.

ANASTASI, Anne. *Psicología diferencial*. Editorial Aguiar. Madrid. Año 1980.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina. *El delito de daños: consideraciones jurídico-políticas y dogmáticas*. Servicio de Publicaciones. Universidad de Burgos. Año 1999.

ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho penal. Parte general*. 8ª Edición. Editorial Temis. Bogotá. Año 1988.

ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal*. 2ª Edición. Anotada y puesta al día por José Julián Hernández y Luis Beneytez. Editorial Akal. Madrid. Año 1986.

ARANGIO-RUIZ, Vicente. *Historia del Derecho romano*. Instituto Editorial Reus. Madrid. Año 1943.

ARCE AGGEO, Miguel Ángel. *Concurso de delitos en materia penal*. Editorial Universidad. Buenos Aires. Año 1996.

ARCE Y FLORES-VALDÉS, Joaquín. *Los principios generales del Derecho y su formación constitucional*. Editorial Civitas. Madrid. Año 1990.

ARGYRIADES, Demetrios. *Buena gobernanza, profesionalidad, ética y responsabilidad*. Revista Internacional de Ciencias Administrativas. Volumen 72, Nº 2. Año 2006. págs. 157-174.

ARIAS DE SALTARÍN, Lourdes. *Eficacia probatoria del informe de auditoría en el proceso penal*. Editorial Ibañez. Bogotá. Año 2010.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica*, en: Privatización y liberalización de servicios. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid Nº 3. Año 1999. págs. 19-38.

—*La administración institucional. Bases para su régimen jurídico*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid. Año 1972.

ARROYO ZAPATERO, Luis. *Derecho penal económico y constitución*. Revista Penal Nº 1. Año 1998. págs. 1-16.

ARTAVIA ARAYA, Fernando. *Decisiones públicas, beneficios privados. Consideraciones teóricas en torno a la corrupción*. Revista de Ciencias Sociales Nº 119. Universidad de Costa Rica. Año 2008. págs. 13-26.

ASUA BATARRITA, Adela. *Delitos contra la administración pública*. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao. Año 1997.

AVILÉS, Manuel. *El enriquecimiento ilícito. Algunas cuestiones previas y generales*, en: Avilés, Manuel (Coordinador): *El enriquecimiento ilícito*. Editorial Club Universitario. Alicante. Año 2011

AYLLÓN GONZÁLEZ, María Estela. *Breves factores institucionales, políticos, económicos y sociales de la corrupción en México*, en: Rezzoagli, Bruno (Coordinador): *Análisis jurídico, económico y político de la corrupción*. Editorial Porrúa. México. Año 2005.

AZUA REYES, Sergio. *Los principios generales del Derecho*. Editorial Porrúa. México. Año 1986.

BACIGALUPO, Enrique. *Delito y punibilidad*. 2ª Edición. Editorial Hamurabi. Buenos Aires. Año 1999.



—*Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*. 2ª Edición. Editorial Akal. Madrid. Año 1994.

—*Principios de Derecho penal. Parte general*. 4ª Edición. Editorial Akal. Madrid. Año 1997.

BACIGALUPO, Silvina. *Ganancias ilícitas y Derecho penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. Año 2002.

BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. *Curso de ciencia de la administración*. Tomo I. 3ª Edición. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1985.

BAIGÚN, David. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. Editorial BdeF. Montevideo-Buenos Aires. Año 2007.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *El comercio, tenencia o circulación de géneros de lícito comercio*, en: *Comentarios a la legislación penal*. Tomo III. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Año 1994.

—*Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*. Editorial Ceura. Madrid. Año 1986.

BALAGUÉ DOMÉNECH, José. *La prueba pericial contable en las jurisdicciones civil y penal*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1989.

BALBUENA SOTO, Lorena Beatriz. *Origen y evolución del bien jurídico*. *Revista de la Justicia Penal* N° 5 (Chile) Año 2009. págs. 45-78.

BANCO MUNDIAL. *Informe anual sobre las investigaciones y sanciones relacionadas con casos de conducta indebida del personal y actos de fraude y corrupción en proyectos financiados por el Banco*. Año 2005.

BARAHONA KRUGER, Pablo. *Corrupción e impunidad: correlaciones e implicaciones*. Editorial Continental. San José (Costa Rica). Año 2004.

BÁRCENAS ESPITIA, Edgar. *El enriquecimiento ilícito*. 2ª Edición. Editorial Web System E.U. Bogotá. Año 2003.

BARRACHINA, Juan E. *La función pública. Su ordenamiento jurídico*. Parte General I. Editorial PPU. Barcelona Año 1991.

BASOZABAL ARRUE, Xabier. *Enriquecimiento injustificado por intromisión en Derecho ajeno*. Editorial Civitas. Madrid. Año 1998.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial*. Traducido por Rosa S. Carbó. Editorial Paidós. Barcelona. Año 2008.

BÉJAR GARCÍA, Francisco Javier. *Concurso de leyes en Derecho penal*, en: Calderón Cerezo, Ángel (Director): *Unidad y pluralidad de delitos*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. Año 1995.

BEJARANO, Jesús Antonio. *Corrupción y escándalos políticos*, en: *Narcotráfico, Política y Corrupción*. Editorial Temis. Bogotá. Año 1997.

BELADIEZ ROJO, Margarita. *Los principios jurídicos*. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1997.

BELTRÁN, Miguel. *El problema de la calidad en los servicios públicos*, en: Trinidad Requena, Antonio (Coordinador): *Evaluación y calidad en las organizaciones públicas*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 2000..

BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *Iniciativas internacionales en la lucha contra el blanqueo*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *Corrupción y delincuencia económica*. Editorial Ibañez. Bogotá. Año 2008.

—*Notas sobre la corrupción transnacional. Sus efectos y su combate*, en: Fabián Caparrós, Eduardo; Pérez Cepeda, Ana Isabel (Coordinadores): *Estudios de corrupción*. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2010.

BENUSSI, Carlo. *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*. Editorial Cedam. Padova. Año 1998.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Editorial Iustel. Madrid. Año 2012.

—ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario; ACALE SÁNCHEZ, María; NIETO MARTÍN, Adán; DEMETRIO CRESPO, Eduardo; PÉREZ CEPEDA, Ana. *Curso de Derecho penal. Parte general*. 2ª Edición. Editorial Experiencia. Barcelona. Año 2010.

—PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*. Tomo I. Editorial Iustel. Madrid. Año.2010.

—*Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*. Salamanca. Año 1990.

BERTOLINO, Pedro. *El debido proceso penal*. Editorial Platense. La Plata (Argentina). Año 1986.

BIALOSTOSKY B., Sara. *La lucha del Derecho romano contra la corrupción de los funcionarios públicos*. Revista de la Facultad de Derecho N° 243. UNAM. México. Año 2005. págs. 137-154.

BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho público*. Editorial De Palma, Buenos Aires. Año 1962.

—*La función pública*. Editorial Depalma. Buenos Aires. Año 1960.

BINDER, Alberto. *Política criminal: de la formulación a la praxis*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 1997.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *Armonización-aproximación de las legislaciones en la unión europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito*, en: Arangüena Fanego, Coral (Directora): *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*. Editorial Nova. Valladolid. Año 2010.

—*Comiso ampliado y presunción de inocencia*, en: Puente Aba, Luz María (Directora): *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*. Editorial Comares. Granada. Año 2008.

—*El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 13-01. Año 2011.

—*Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Tomo L. Fascículo único. Año 1997. págs. 263-292.

—DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís. *La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿Asignatura pendiente del derecho penal español?*, en: Díez Ripollés, José Luis (Coordinador): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro Homenaje al Prof. Cerezo Mir. Editorial Tecnos. Madrid. Año 2003.

—*El delito de blanqueo de capitales*. 3ª Edición. Editorial Thomson-Reuters. Pamplona. Año 2010.

BLANCO LOZANO, Carlos. *Tratado de Derecho penal. Parte especial*. Tomo II. Volumen 2. Editorial J.M. Bosch. Barcelona. Año 2002.

BLANQUER CRIADO, David Vicente. *Artículo 75*, en: Rebollo Puig, Manuel; Izquierdo Carrasco, Manuel (Coords): *Comentarios a la ley reguladora de las bases del régimen local*. Tomo II. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2007.

BLASCO DÍAZ, José Luis. *El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa*, en: García Macho, Ricardo (Editor): *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2010.

BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del Derecho*. Editorial Artes Gráficas Soler. Valencia. Año 1980.

BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en Derecho penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2000.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Ensayos de Derecho penal y política criminal*. Editorial Continental. San José (Costa Rica). Año 2002.

BRAMONT ARIAS, Luis. *Temas de Derecho penal*. Tomo 4. Editorial San Marcos. Lima. Año 1990.

BUCKLEY, Walter. *La sociología y la teoría moderna de los sistemas*. Amorrortu Editores. Buenos Aires. Año 1982.

BUENO ARUS, Francisco. *Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia*. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2008.

BUJOSA VADELL, Lorenzo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1995.

BUOMPADRE, Jorge. *Delitos contra la administración pública*. Editorial Mave. Corrientes (Argentina). Año 2001.

BUSTOS GISBERT, Rafael. *La recuperación de la responsabilidad política en la lucha contra la corrupción: Una tarea pendiente*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *La corrupción en un mundo globalizado*. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. Editorial PPU. Barcelona. Año 1987.

—*Manual de Derecho penal. Parte especial*. 2ª Edición. Editorial Ariel. Barcelona. Año 1991.

—*Manual de Derecho penal. Parte general*. 4ª Edición. Editorial PPU. Barcelona. Año 1994.

—HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho penal*. Volumen I. Editorial Trotta. Madrid. Año 1997.

—HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho penal*. Volumen II. Editorial Trotta. Madrid. Año 1999.

BUXADÉ VILLALBA, Jorge. *La objeción de conciencia en la función pública*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. Año 2006.

CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Elementi di diritto penale. Parte generale*. 2ª Edición. Editorial Cedam. Padova. Año 2004.

CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. 5ª Edición. Editorial Lexis Nexis-Depalma. Buenos Aires. Año 2003.

CALDERON CEREZO, Ángel. *El marco jurídico del blanqueo de capitales: aspectos penales y administrativos*, en: *Blanqueo de capitales. Aspectos legales y realidad social: doctrina*. Editorial Datadiar. Año 2007.

—CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1999.

CALSAMIGLIA, Albert. *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*. Editorial Paidós. Barcelona. Año 2000.

CAMACHO, Emilio. *La constitución paraguaya de 1992 y su significación en el constitucionalismo paraguayo*, en: Morodo, Raúl; De Vega, Pedro (Coordinadores): *Estudios de teoría del Estado y Derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*. Tomo II. Universidad Complutense de Madrid. Año 2001.

—*La presunción de inocencia ante la protección de la sociedad y del patrimonio*, en: Camacho, Emilio; Lezcano Claude, Luis (Compiladores): *Comentario a la constitución. Homenaje al décimo aniversario*. Tomo II. Corte Suprema de Justicia. Asunción. Año 2002.

CAMARGO, Pedro Pablo. *El delito de enriquecimiento ilícito*. Editorial Leyer. Bogotá. Año 2002.

CANASI, José. *Derecho administrativo. Parte general*. Volumen I. Editorial Depalma. Buenos Aires Año 1972.

CANCINO, Antonio José. *Delitos contra la administración pública*, en: *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. 2ª Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Año 2011.

—TOSCANO DE SÁNCHEZ, Maruja. *El delito de enriquecimiento ilícito*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. Año 1986.

CANCIO MELÍA, Manuel. *La teoría de la adecuación social en Welzel*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales N° 46. Tomo II. Año 1993. págs. 697-730.

CARBAJO CASCÓN, Fernando. *Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: Una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión*, en: La corrupción en un mundo globalizado. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2004.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1999.

CARBONELL, Miguel; VÁZQUEZ, Rodolfo. *Corrupción doméstica*, en: Carbonell, Miguel; Vázquez, Rodolfo. (Coordinadores): Poder, derecho y corrupción. Editorial Siglo XXI. México. Año 2003.

CÁRDENAS, Emilio; CHAYER, Héctor. *Corrupción judicial. Mecanismos para prevenirla y erradicarla*. Editorial la Ley. Buenos Aires. Año 2005.

CARMONA CUENCA, Encarnación. *El Estado social de Derecho en la constitución*. Consejo Económico Social. Madrid. Año 2009.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. *Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales*. Revista Chilena de Derecho Vol. 27. Nº 1. Año 2000. págs. 135-153.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. *Problemas de política criminal y otros estudios*. Editorial Abeledo Perrot. Santiago (Chile). Año 2009.

CARO CORIA, Dino Carlos. *El delito de enriquecimiento ilícito*, en: San Martín Castro, César Eugenio; Caro Coria, Dino Carlos; Reaño Peschiera, José Leandro (Coordinadores): Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales. Editorial Jurista. Lima. Año 2002.

CARRASCO GALLEGO, Amalia; DONOSO ANES, José Antonio; FRESNEDA FUENTES, Silvia; LARRINAGA GONZÁLEZ, Carlos; HERNÁNDEZ BORREGUERO, José Julián; LÓPEZ GAVIRA, María del Rosario. *Estados financieros. Teoría y casos prácticos*. Editorial Pirámide. Madrid. Año 2009.

CARRERAS, Jorge. *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*. Revista Jurídica de Cataluña. Año 1962. págs. 491-570.

CASAÑAS LEVI, José Fernando. *Manual de Derecho penal. Parte general*. 3ª Edición. Editorial Continental. Asunción. Año 2006.

CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier. *El usufructo*, en: Delgado de Miguel, Juan Francisco (Coordinador): Instituciones de Derecho privado. Reales. Tomo II. Volúmen 2º. Editorial Civitas-Thompson. Madrid. Año 2003.

CASTILLO BLANCO, Federico. *Acceso a la función pública local. Políticas selectivas y control jurisdiccional*. Editorial Comares. Granada. Año 1983.

—*El sistema retributivo en la función pública española*. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2002.

—*Lecciones de función pública*. Editorial CEMCI. Granada. Año 2002.

—*Los deberes de los funcionarios públicos*, en: Sánchez Morón, Miguel (Director): Comentarios a la ley del estatuto básico del empleado público. 2ª Edición. Editorial Lex Nova. Valladolid. Año 2008.

CASTILLO MONTERREY, Marcelo. *El comiso como instrumento para la recuperación de activos producto de la corrupción: su desaprovechada reforma mediante la ley orgánica 5/2010*, en: Zúñiga Rodríguez, Laura; Gorjón Barranco, María Concepción; Fernández García, Julio (Coordinadores): La reforma penal de 2010. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2011.

CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos. *Corrupción, globalización y delincuencia organizada*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabían Caparrós, Eduardo (Coordinadores): La corrupción en un mundo globalizado. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2004.

CASTRO CUENTA, Carlos. *Corrupción y delitos contra la administración pública. Especial referencia a los delitos cometidos en la contratación pública*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. Año 2009.

CASTRO MORENO, Abraham. *Un problema de delito fiscal: los incrementos patrimoniales no justificados y de la obtención ilícita de rentas como posibles fuentes de delito*, en: García Valdés, Carlos; Cuerda Riezu, Antonio; Martínez Escamilla, Margarita; Alcácer Guirao, Rafael; Valle Mariscal de Gante, Margarita (Coordinadores): Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II. Editorial Edisofer. Madrid. Año 2008.

CASTRO MORENO, Abraham; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *El abuso de información privilegiada en la función pública*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2007.

CASTRO y BRAVO, Federico. *Temas de Derecho civil: El patrimonio*, en: Derecho Civil de España. Volumen II. Tomo II. Editorial Thompson-Civitas. Pamplona. Año 2008.

CEA EGAÑA, José Luis. *Proyecciones de la separación de poderes en el Estado contemporáneo*, en: Anuario de Derecho constitucional latinoamericano. Tomo I. Editorial Konrad-Adenauer-Stiftung. Berlín. Año 2007.

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Editorial Comares. Granada. Año 2004.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte general*. Tomo II. 6ª Edición. Editorial Tecnos. Madrid. Año 2003.

COBO DEL ROSAL, Manuel; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Delitos contra las personas. Homicidio en riña tumultuaria*, en: Vives Anton, Tomás (coordinador): Derecho penal. Parte especial. 2ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1988.

—*Examen crítico del Párrafo 3º del artículo 119 del código penal español (sobre el concepto de “funcionario público” a efectos penales)*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tomo XLIV. Editorial Reus. Madrid-España. Año 1962. págs. 213-255.

*Código penal de la república del Paraguay y leyes complementarias actualizadas*. 1ª Edición. Instituto de Ciencias Penales del Paraguay. Editorial Continental. Año 1992.

COLOMBO, Marcelo; IPOHORSKI LENKIEWICZ, José. *Evolución legislativa reciente y análisis de la figura penal en el enriquecimiento ilícito*, en: Bruzzone, Gustavo; Gullco, Hernán (Coordinadores): Teoría y practica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 2005.

*Compilación de leyes penales especiales complementarias al código penal.* Tomo II. Volumen I. Corte Suprema de Justicia. República del Paraguay. Asunción. Año 2001.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales.* Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1999.

—CARDENAL MONTRAVETA, Sergi; FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia; GALLEGO SOLER, José Ignacio; GÓMEZ MARTÍN, Víctor; HORTAL IBARRA, Juan Carlos. *Manual práctico de Derecho penal. Parte especial.* 2ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2004.

CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad del error de prohibición.* Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2012

CORDÓN MORENO, Faustino. *De nuevo sobre la legitimación.* Revista de Derecho Procesal N° 1. Año 1997. págs. 45-84.

CORVALÁN, Juan Gustavo. *Condiciones objetivas de punibilidad.* Editorial Astrea. Buenos Aires. Año 2009.

CREUS, Carlos. Derecho penal. Parte especial. Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires. Año 1991.

CRUZ SANTOS, Claudia; BODINO, Claudio; THAÍS DE MELO, Débora. *A corrupção.* Editorial Coimbra. Año 2009.

CUADRADO RUIZ, María Ángeles. *La posición de garante.* Revista de Derecho Penal y Criminología N° 6. Año 2000.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal.* 12ª Edición. Tomo II. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1967.

CUELLO, Joaquín. *Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal.* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Año 1981. págs. 461-484.

CUESTA PASTOR, Pablo. *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico.* Editorial Comares. Granada. Año 2002.

CUGAT MAURI, Miriam. *La desviación del interés general y el tráfico de influencias.* Editorial Cedecs. Barcelona. Año 1997.

CHASE PLATE, Luis E. *La función pública en Paraguay,* en: *La profesionalización de la función pública en Iberoamérica.* Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 2002.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito continuado.* Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 1997.

—*El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia.* Editorial Dykinson. Madrid. Año 2001.

D'ALESSIO, Andrés José. *Código penal comentado y anotado. Parte Especial.* Tomo II. Editorial La Ley. Buenos Aires. Año 2004.

DAHRENDORF, Ralf. *Homo sociologicus: un ensayo sobre la historia, significado y crítica del rol social*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. Año 1973.

DE BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, Francisco. *La veda del enriquecimiento sin causa: una garantía de equilibrio respecto de la modificación de facto de las prestaciones de obra inicialmente contratadas*. Revista Poder Judicial N° 33. Madrid. Año 1994. págs. 489-496.

DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio; DE CASTRO GARCÍA, Jaime; GONZÁLEZ GARCÍA-MIER, Rocío. *Instituciones de Derecho civil patrimonial*. 3ª Edición. Editorial Tecnos. Madrid. Año 2009.

DE JORGE MESAS, Luis Francisco. *La eficacia del sistema penal*. Criminología. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid. Año 1994.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa*, en: De la Cámara Álvarez, Manuel; Díez-Picazo y Ponce de León, Luís: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Editorial Civitas. Madrid. Año 1988.

DE LA CRUZ FERRER, Juan. *La función pública superior en Estados Unidos*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 1984.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz. *Conocimiento de la ilicitud*. Cuadernos-Luis Jimenez de Asúa. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2007.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís. *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del art. 204 bis del código penal*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1990.

—*Iniciativas internacionales contra la corrupción*. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología N° 17. Año 2003. págs. 5-26.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?* Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología N° 23. Año 2009. págs. 245-259.

—*El funcionario público ante el Derecho penal*. Revista Jurídica de Castilla y León N° 20. Año 2010. págs. 17-78.

—*La respuesta a la corrupción pública*. Editorial Comares. Granada. Año 2004.

—*Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*. Editorial Cedecs. Barcelona. Año 1996.

DE LUCA, Javier; LÓPEZ CASARIEGO, Julio. *Enriquecimiento ilícito y constitución nacional*. Revista Jurídica Argentina La Ley. Suplemento de Justicia Penal. Fecha 25/02/2000.

DE ROURA MORENO, Edgardo H. *Derecho penal. Parte especial*. Editorial Perrot. Buenos Aires. Año 1955.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha*. Revista Poder Judicial. N° 33. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. Año 1994. págs. 439-464.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del Derecho*. 3ª Edición. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1978.



DELGADO GIL, Andrés. *Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la administración pública*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales N° 62. Año 2009

DELITALA, Giacomo. *El hecho en la teoría general del delito*. Traducido por Pietro Sferrazza Taibi. Editorail BdeF. Montevideo-Buenos Aires. Año 2009.

DELLA PORTA, Donatella; VANNUCCI, Alberto. *The governance mechanisms of corrupt transactions*, en: Graf Lambsdorff, Johann; Taube, Markus; Schramm, Matthias (Editores): *The new institutional economics of corruption*. Editorial Routledge. New York. Año 2005.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la administración pública*, en: Ferré Olivé, Juan Carlos (Editor): *Fraude y corrupción en la administración pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en europa*. Volumen III. Ediciones Universidad de Salamanca. Año 2002.

—*Prevención general e individualización judicial de la penal*. Ediciones Universidad de Salamanca. Año 1999.

*Descriminalización. Informe del comité europeo sobre problemas de la criminalidad*. Consejo de Europa. Editorial Ediar. Buenos Aires. Año 1987.

DERENCINOVIC, Davor. *Criminalization of illicit enrichment*. Freedom from fear magazine. Año 2010. <http://www.freedomfromfearmagazine.org>.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo II. 5ª Edición. Editorial Temis. Bogotá. Año 2002.

DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. Editorial Cárdenas. México. Año 1999.

—*¿Previene el delito de enriquecimiento ilícito la corrupción?*, en: Méndez-Silva, Ricardo (Coordinador): *Lo que todos sabemos sobre la corrupción y algo más*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Año 2010.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en derecho penal*. Editorial PPU. Barcelona. Año 1991.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Recepción de las propuestas del GAFI y de las directivas europeas sobre el blanqueo de capitales en el Derecho español*, en: Bajo Fernández, Miguel; Bacigalupo, Silvina (Coordinadores): *Política criminal y blanqueo de capitales*. Editorial Marcial Pons. Año 2009.

*Diccionario de Ciencias Sociales*. Tomo II. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. Año 1976.

DIEGO DÍAZ, María del Rosario; MATELLANEZ RODRÍGUEZ, Nuria; FABÍAN CAPARRÓS, Eduardo. *Anteproyecto de ley orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del código penal. Acompañado de los informes del consejo general del poder judicial y del consejo fiscal*. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2009.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, en: De la Cámara Álvarez, Manuel; Díez-Picazo y Ponce de León, Luí: Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa. Editorial Civitas. Madrid. Año 1988.

—*Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*. Editorial Civitas. Madrid. Año 1995.

—*Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*. Volumen II. 6ª Edición. Editorial Thomson-Civitas. Pamplona. Año 2008.

—GULLÓN, Antonio. *Instituciones de Derecho civil*. Volumen I. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1995.

—MONTÉS, Vicente. *Derecho privado y sistema económico*. Universidad Autónoma de Madrid. Departamento de Derecho Civil. Madrid. Año 1979.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista*. Revista Jueces por la Democracia N° 30. Año 1997. págs. 10-19.

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la administración pública*. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. Año 2000.

—*Derecho penal. Parte especial*. Tomo III. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Año 2001.

— *Aspectos generales del tipo penal de estafa*. Revista Latinoamericana de Derecho. N°1. Enero-Junio. Año 2004. págs. 39-92.

—*La autoría y la participación criminal*. 2ª Edición. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Año 2005.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Omisión e injerencia en Derecho penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2006.

DÖRING, E. *La prueba. Su práctica y apreciación*. Ediciones Jurídicas Europa. Buenos Aires. Año 1972.

*El establecimiento de objetivos y la medición de resultados en el ámbito público: guía, fundamentos técnicos y aplicación cprox*. Ministerio de Economía y Hacienda. Madrid. Año 1997.

EMBED IRUJO, Antonio. *La fidelidad de los funcionarios a la constitución*. Instituto Nacional de Administración Pública. Alcalá de Henares. Año 1987.

ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho administrativo*. 12ª Edición. Tomo II. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1998.

ESCOLA, Héctor. *El interés público como fundamento del Derecho administrativo*. Editorial Depalma. Buenos Aires. Año 1989.

ESCRIHUELA CHUMILLA, Francisco Javier. *Las consecuencias accesorias*. Libro: Todo Penal. Edición N° 1. Editorial La Ley. Madrid. Año 2011.

ESCRIVA GREGORI, José María. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1976.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Editorial Codex. Madrid. Año 1998.

—*La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2003.

—FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (anotaciones para un derecho penal globalizado)*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *La corrupción en un mundo globalizado*. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2004.

FABREGA PONCE, Jorge. *El enriquecimiento sin causa*. Tomo I. Editorial Plaza & Janes. Bogota. Año 1996.

FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito*. Editorial BdeF. Montevideo-Buenos Aires. Año 2011.

FELDMAN, M. Philip. *Comportamiento criminal. Un análisis psicológico*. Traducido por Javier Hernández Padilla. Fondo de Cultura Económica. México. Año. 1989.

FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*. Editorial BdeF. Buenos Aires. Año 2004.

FERNÁNDEZ RÍOS, Luis. *Psicología de la corrupción y los corruptos*. Editorial Grupo Universitario. Granada. Año 1999.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. *El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del código penal operada por la LO 5/2010)*, en: Abel Souto, Miguel; Sánchez Stewart, Nielson (Coordinadores): *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 6ª Edición. Editorial Trotta. Madrid. Año 2006.

—*Derechos y garantías*. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Editorial Trotta. Año 2009.

FERRE OLIVÉ, Juan Carlos. *Corrupción y delitos contra la administración pública*, en: Ferré Olivé, Juan Carlos (Editor): *Fraude y corrupción en la administración pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*. Volumen III. Ediciones Universidad de Salamanca. Año 2002

FERREIRA DELGADO, Francisco. *Delitos contra la administración pública*. Editorial Temis. Bogotá. Año 1982.

FERRUCCIO FALCHI, Giuseppino. *Diritto penale romano*. Editor R. Zannoni. Padova. Año 1932.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Derecho penal. Parte general*. Traducción de Luis Fernando Niño. Editorial Temis. Bogotá. Año 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa. Comentarios a la Ley 8.429/92 y legislación complementaria*. 6ª Edición. Editorial Malheiros. Sao Paulo. Año 2004.

*Fiscalización de declaraciones juradas de ingresos y de bienes y rentas en el Perú.* Contraloría General de la Republica. Lima. Año 2008.

FOFFANI, Luigi. *La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado.* Revista Penal N° 12. Año 2002. págs. 61-71.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho penal.* Tomo VII. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Año 1971.

FORTES ENGEL, José María. *La información pública en el Derecho administrativo.* Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid. Año 1977.

FRATTINI, Eric. *O.N.U. Historia de la corrupción.* Editorial Espasa. Madrid. Año 2005.

FUENTESECA, Pablo. *Estudios de Derecho romano.* Editorial Centro de Estudios. Madrid. Año 2009.

GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Artículo 127,* en: Corcoy Bidasolo, Mirentxu; Mir Puig, Santiago (Directores): *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010.* Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2011.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Delito de enriquecimiento ilícito.* Editorial Idemsa. Lima. Año 2001.

GARCÍA, Emerson; PACHECO ALVES, Rogério. *Improbidade administrativa.* 5ª Edición. Editorial Lumen Juris. Rio de Janeiro. Año 2010.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. *De las consecuencias accesorias,* en: Córdoba Roda, Juan; García Arán, Mercedes (Directores): *Comentarios al código penal. Parte general.* Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2011.

— *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995.* Editorial Aranzadi. Pamplona. Año 1997.

— *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español.* Ediciones de la Universidad de Barcelona. Año 1982.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración.* 5ª Edición. Editorial Civitas. Madrid. Año 2000.

— *El problema jurídico de las sanciones administrativas.* Revista Española de Derecho Administrativo N° 10. Año 1976. págs. 399-430.

— FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho administrativo.* 13ª Edición. Editorial Thomson- Civitas. Madrid. Año 2006.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa. *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa.* Editorial Comares. Granada. Año 2006.

GARCÍA MEXIA, Pablo. *Ética y gobernanza. Estado y sociedad ante el abuso de poder.* Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2008.

— *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea.* Editorial Aranzadi. Pamplona. Año 2001.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Editorial Alianza Universidad. Madrid. Año 1991.

GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto *Artículo 41*, en: Sánchez Melgar, Julián (Coordinador): Código penal. Comentarios y jurisprudencia. Tomo I. 2ª Edición. Editorial Sepin. Madrid. Año 2006.

GARCÍA PÉREZ, Octavio. *Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 46. Madrid. Año 1993. págs. 629-678.

—*La punibilidad en el Derecho penal*. Editorial Aranzadi. Pamplona. Año 1997.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. 5ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2005.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. Año 1996.

GARCÍAS PLANAS, Gabriel. *Notas sobre el tratamiento de la riña tumultuaria en el código penal español y en la jurisprudencia*. Revista Jurídica de Cataluña. Barcelona. Año 1979. págs. 845-868.

GARDE ROCA, Juan Antonio. *Los códigos éticos en el gobierno y en la administración general del Estado*, en: Rodríguez-Arana, Jaime; García Mexía, Pablo (Editores): Códigos éticos. Una respuesta concreta de gobernanza en positivo. Editorial Netbiblo. Año 2009.

GARDINER, John. *Defining corruption*, en: en: Heidenheimer, Arnold J.; Johnston, Michael (Editores): Political Corruption. Concepts and Contexts. 5ª Edición. Editorial Transaction Publishers. New Jersey. Año 2009.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho administrativo*. 9ª Edición. Tomo II. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1989.

GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *Derechos fundamentales y estado social y democrático de derecho*. Editorial Dilex. Madrid. Año 2007.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *El concepto de corrupción*, en: Zapatero, Virgilio (Compilador): La corrupción. Editorial Coyocan. México. Año 2007.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El decomiso transfronterizo de bienes*. Editorial Codex. Madrid. Año 2007.

—VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa. *Otras repercusiones de la LO 5/2010 en el ámbito del proceso penal*, en: GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (Coordinador): Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del código penal. Editorial Aranzadi-Thompson-Reuters. Pamplona. Año 2010.

GAVIRIA, César. *La OEA. 1994-2004 Una década de transformación*. Editorial OEA. Washington. Año 2004.

*Gestión pública iberoamericana para el siglo XXI. Documento aprobado por la XL reunión ordinaria del consejo directivo de la CLAD*. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. Santo Domingo. Año 2010.

GIDDENS, Anthony. *Sociología*. 4ª Edición. Editorial Alianza. Madrid. Año 2004.

GIL CREMADES, Rafael. *La imparcialidad en la función pública*. Editorial Reus. Madrid. Año 2008.

GIL DE LA FUENTE, Juan. *La criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita. Referencia al delito de blanqueo de capitales*. Revista jurídica La Ley: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario Nº 20. Año 2005. págs. 27-36.

GIL IBÁÑEZ, José. *Deberes de los empleados públicos. Código de conducta (Arts. 52 a 54)*, en: Ortega Álvarez, Luis (Director): *Estatuto básico del empleado público*. Editorial La Ley. Madrid. Año 2007.

GIL VILLA, Fernando. *La cultura de la corrupción*. Editorial Maia. Madrid. Año 2008.

GIL Y ROBLES, Enrique. *Tratado de Derecho político*. Tomo II. Imprenta Salmanticense. Salamanca. Año 1902.

GILI PASCUAL, Antoni. *Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del Art. 286 bis del código penal según el proyecto de reforma de 2007*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 09-13. Año 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en Derecho penal*. Editorial BdeF. Montevideo- Buenos Aires. Año 2006.

—*Ensayos penales*. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1999.

—*La causalidad en Derecho penal*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Nº 15. Tomo III. Año 1962. págs. 543-580.

GODINHO, Jorge A.F. *Do crimen de riqueza injustificada (Art. 28 Da lei Nº 11/2003, de 28 de julio)*. Boletim da Faculdade de Dereito da Universidade de Macau. Ano XI. Nº 24. 2007.

GOFFMAN, Erving. *La presentación de la persona en la vida cotidiana*. 3ª Edición. Amorrortu Editores. Buenos Aires. Año 1997.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación al ilícito penal)*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense Nº 69. Año 1983. págs. 85-112.

—*Teoría jurídica del delito. Derecho penal parte general*. Editorial Civitas. Madrid. Año 1984.

GÓMEZ BERMUDEZ, Salvador Francisco Javier. *De lege ferenda*, en: GÓMEZ BERMUDEZ, Salvador Francisco Javier (Director): *Las últimas reformas penales II*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid. Año 2006.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Delito especial con autor inidóneo. ¿Tentativa punible o delito putativo?* Editorial Dykinson. Madrid. Año 2006.

—*Los delitos especiales*. Editorial BdeF. Buenos Aires. Año 2006.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Derecho administrativo sancionador. Parte general- Teoría general y practica del Derecho penal administrativo*. Editorial Thomson-Aranzadi. Pamplona. Año 2008.

GÓMEZ URSO, Juan Facundo. *Tipicidad penal*. Editor Fabián J. Di Plácido. Buenos Aires. Año 2005.

GÓMEZ, Eusebio. *Tratado de Derecho penal*. Editorial Ediar. Buenos Aires. Año 1941.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. *Corrupción, democracia y responsabilidad política*, en: Carbonell, Miguel; Vázquez, Rodolfo (Coordinadores): Poder, derecho y corrupción. Editorial Siglo XXI. México. Año 2003.

GONZÁLEZ CIFUENTES, Carolina. *Patrimonio de los gobernantes y protección de la intimidad. Técnicas de control anticorrupción de la Ley 5/2006, de 10 de abril*. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2012.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Derecho penal y teoría de la democracia*. Revista Cuadernos Jurídicos N° 30. Año 1995. págs. 10-14.

—*El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1997.

—*La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el código penal de 1995: La prevaricación*, en: González Cussac, José Luis (Director): Los delitos de los funcionarios públicos en el código penal de 1995. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. Año 1996.

GONZÁLEZ GUERRA, Carlos. *Delitos de infracción de un deber*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 2006.

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Manuel; PIETSCHMANN, Horst; COMÍN, Francisco; PÉREZ, Joseph. *Instituciones y corrupción en la historia*. Universidad de Valladolid. Año 1998.

GONZÁLEZ MACCHI, José Ignacio. *Introducción al Derecho penal paraguayo*. Editorial Continental. Asunción. Año 2003.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*. Editorial Thomson-Civitas. Año 2006.

GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio. *La corrupción política en época de Julio Cesar. Un estudio sobre la lex iulia de repetundis*. Editorial Comares. Granada. Año 2009.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Bien jurídico y constitución*. Serie Universitaria 201. Madrid. Año 1983.

—*Los intereses económicos de los consumidores: protección penal*. Instituto Nacional del Consumo. Madrid. Año 1986.

GONZÁLEZ, Teodosio. *Lecciones de Derecho penal*. Tomo I y III. 3ª Edición. Editorial Cerro Corá. Asunción. Año 1982.

GONZÁLEZ-HABA GUIADO, Vicente María. *Los partidos políticos ante los funcionarios públicos*. Da-Documentación. Madrid. Año 1982.

GRACIA MARTÍN, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho penal. Teoría general*. Tomo I. Zaragoza. Año 1985.

—*El actuar en lugar de otro en Derecho penal. Estudio específico del Art. 15 bis del código penal español*. Tomo II. Zaragoza. Año 1986.

GRAEFF, Peter. *Why should one trust in corruption?*, en: Lambsdorff, Johann; Taube, Markus; Schramm, Matthias (Editores): *The new institutional economics of corruption*. Editorial Routledge. New York. Año 2005.

GRAF LAMBSDORFF, Johann. *Causes and consequences of corruption: what do we know from a cross-section of countries?*, en: Rose-Ackerman, Susan (Editora): *International handbook on the economics of corruption*. MPG Books. U.K. Año 2006.

—TAUBE, Markus; SCHRAMM, Matthias. *Corrupt contracting. Exploring the analytical capacity of new institucional economics and new economics sociology* en: Graf Lambsdorff, Johann; Taube, Markus; Schramm, Matthias (Editores): *The new institutional economics of corruption*. Editorial Routledge Londres. Año 2005.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro. *El código penal de 1870. Concordado y comentado*. Tomo IV. 2ª Edición. Madrid. Año 1912.

GRONDONA, Mariano. *La corrupción*. 3ª Edición. Editorial Planeta. Buenos Aires. Año 1993.

GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Problemas generados por el difuso concepto de funcionario público en el Derecho penal*. Revista de Derecho Penal Nº 28. Año 2009. págs. 31-69.

*Guía legislativa para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Nueva York (EE.UU). Año 2004.

*Guía legislativa para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la corrupción*. Naciones Unidas. Nueva York. Año 2006.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Editorial Aranzadi. Navarra. Año 1999.

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. *El hecho ilícito internacional*. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2005.

GUZMÁN DALBORA, José Luis. *El nuevo código penal del Paraguay*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Nº 4. Año 1999. págs. 621-660.

HABERMAS, Jürgen. *Comentarios al concepto de acción comunicativa*, en: Rodríguez Caamaño, Manuel (Editor): *Conocimiento y comunicación*. Editorial Montesinos. Madrid. Año 1989.

—*La reconstrucción del materialismo histórico*. Editorial Taurus. Madrid. Año 1992.

HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. Revista Doctrina Penal Nº 37. Año 1987. págs. 231-250.



—*Persona, mundo y responsabilidad*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1999.

—MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2001.

HAURIOU, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Traducido por José Antonio González Casanova. Editorial Demos. Barcelona. Año 1971.

HAVA GARCÍA, Esther. *Comiso (art. 127 y disposición final sexta)*, en: Álvarez García, Francisco Javier; González Cussac, José Luis (Directores): *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2010.

HEFENDEHL, Roland. *¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstractos*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 04-14. Año 2002.

—*El bien jurídico como eje material de la norma penal*, en: Hefendehl, Roland; Hirsch, Andrew; Wohlers, Wolfgang (Editores): *La teoría del bien jurídico*. Editorial Marcial Pons. Barcelona. Año 2007.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno*, en: Bueno Arús, Francisco; Kury, Helmut; Rodríguez Ramos, Luis; Zaffaroni, Eugenio Raúl. (Directores): *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal*. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serranos Gómez. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2006.

HERNÁNDEZ DE FRUTOS, Teodoro. *Las piezas del puzzle parsoniano en el concepto de estructura social*, en: Iglesias de Ussel, Julio (Editor): *La sociedad: teoría e investigación empírica*. Libro Homenaje a José Jiménez Blanco. Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid. Año 2002.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en Derecho penal*. Editorial Comares. Granada. Año 1996.

HERVADA, Javier. *Introducción crítica al Derecho natural*. 10ª Edición. Editorial Eunsa. Pamplona. Año 2007.

HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*, en: Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen; Konrad, Hesse; Heyde, Wolfgang (Editores): *Manual de Derecho constitucional*. 2ª Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2001.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*. 2º Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago-Chile. Año 2006.

—*Imputación objetiva y principio de lesividad*, en: Cerezo Mir, José; Suárez Montes, Rodrigo; Beristain Ipiña, Antonio; Romeo Casabona, Carlos (Editores): *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Prof. Dr. Don Ángel Torío López. Editorial Comares. Granada. Año 1999.

HUBER, Bárbara. *La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional*. Revista Penal Nº 11. Año 2003. págs. 41-52.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*. Gaceta Jurídica. 1ª Edición. Lima. Año 2007.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general*. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 2ª Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 1997.

—*La imputación penal de la acción y de la omisión*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales N° 49. Año 1996. págs. 835-874.

JASO ROLDAN, Tomás. *Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*, en: Rodríguez Muñoz, J.A; Jaso Roldán, Tomás; Rodríguez Devesa, J.M (Coordinadores): Derecho penal. Parte especial. Tomo II. Madrid. Año 1949.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Traducido por Miguel Olmedo Cardenete. Granda. Año 2002.

JEZE, Gastón. *Principios generales de Derecho administrativo*. Traducido por Julio San Millán Almagro. Tomo II. Editorial De Palma. Buenos Aires. Año 1949.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Losada. Buenos Aires. Año 1977.

JORGE, Guillermo. *Enriquecimiento ilícito: el silencio de la Corte y las opiniones del Congreso*, en: Pitlevnik, Leonardo (Director): Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de la Nación. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Año 2010.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2006.

—*Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. N° 37. Año 1984. págs. 5-22.

KINDHÄUSER, Urs. *El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva*. Cuadernos de Política Criminal N° 103. 2ª Época. Año 2011. págs. 5-39.

—*Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el código penal alemán*. Revista Electrónica de Política Criminal. N° 3. Universidad de Talca. Santiago-Chile. Año 2007. págs. 1-18.

KLITGAARD, Robert. *Controlando la corrupción. Una indagación practica para el gran problema social de fin de siglo*. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. Año 1994.

KRIEGER, Mario. *Sociología de las organizaciones. Una introducción al comportamiento organizacional*. Editorial Prentice Hall. Buenos Aires. Año 2001.

LAGOS, Enrique. *El futuro de la convención interamericana contra la corrupción*. Conferencia sobre transparencia y desarrollo en Americana Latina y el Caribe. Banco Interamericano de Desarrollo. Año 2000.

LALINDE ABADÍA, Jesús. *Los medios personales de gestión del poder público en la historia española*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid. Año 1970.

LAMO DE ESPINOSA, Emilio. *Delitos sin victimas. Orden social y ambivalencia moral*. Editorial Alianza Universidad. Madrid. Año 1993.

LANDECHO VELASCO, Carlos María; MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. *Derecho penal español. Parte especial*. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1996.

LANDONI, Mariano. *Relevamiento de las normas y procedimientos de presentación de declaraciones juradas dentro de la administración pública*, en: Bruzzone, Gustavo; Gullco, Hernán (Coordinadores): *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 2005.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *La moderna victimología*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Traducido por Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Año 1978.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Principios de Derecho civil. Derecho de obligaciones*. Tomo II. 3ª Edición. Editorial Trivium. Madrid. Año 1995.

LASCANO, Carlos. *Fuero especializado para la investigación y enjuiciamiento de la delincuencia económica y la corrupción administrativa*, en: Baigún, David; García Rivas, Nicolás (Coordinadores): *Delincuencia económica y corrupción*. Editorial Ediar. Buenos Aires. Año 2006.

LATORRE, Ángel. *Introducción al Derecho*. Editorial Ariel. Barcelona. Año 1985.

LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1992.

—*Dolo y conocimiento*. Editorial Tiran lo Blanch. Valencia. Año 1999.

LEFF, Nathaniel H. *Economic development through bureaucratic corruption*, en: Heidenheimer, Arnold J.; Johnston, Michael (Editores): *Political corruption. Concepts and contexts*. 5ª Edición. Editorial Transaction Publishers. New Jersey. Año 2009.

LEGAZ LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1953.

—*Legalidad y legitimidad*. Revista de Estudios Políticos. Nº 101. Madrid. Año 1958. págs. 5-24.

—*Noción de la legalidad*. Revista del Instituto de Derecho Comparado Nº 10. Barcelona. Año 1958. págs. 5-21.

LEGUINA, Joaquín. *Corruptio optimi pessima*. Revista Claves de Razón Práctica Nº 30. año 1993. págs. 10-13.

LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. *Las presunciones judiciales y los indicios*. 2ª Edición. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Año 2006.

LINTON, Ralph. *Estudio del hombre*. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. Año 1988.

LOOS, Fritz. *Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte*, en: Stratenweth, (Editor): *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Traducción de José Luis Guzman Dalbora. Año 1974.

LÓPEZ, Juana; ALONSO, José Antonio. *Respuestas normativas a escala internacional*, en: Alonso, Jose Antonio; Mulas-Granados, Carlos (Coordinadores): *Corrupción, cohesión social y desarrollo*. Fondo de Cultura Económica de España. Año 2011.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*. Editorial Akal. Madrid. Año 1996.

—*Constitución y Derecho penal*. Cuadernos de Política Criminal N° 38. Año 1987. págs. 55-84.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Delitos en particular*. Tomo II. Editorial Porrúa. México. Año 1998.

LÓPEZ DÍAZ, Antonio; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Manuel. *Contabilidad financiera*. Editorial AC. Madrid. Año 1991.

LÓPEZ PEREGRIN, María del Carmen. *La complicidad en el delito*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1997.

LÓPEZ PINTOR, Rafael. *Sociología industrial*. Editorial Alianza. Madrid. Año 1986.

LÓPEZ PRESA, José Octavio. *Corrupción y cambio*. Fondo de Cultura Económica. México. Año 1998.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, Pedro; SOBRINO MARTÍNEZ, Ana. *Delitos contra la administración pública*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 2008.

LÓPEZ-REY, Manuel. *Criminalidad y abuso de poder*. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1983.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan. *Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera*. 2ª Edición. Editorial Thomson- Aranzadi. Navarra. Año 2008.

LOZANO, Juan; MERINO DINARI, Valeria. *La hora de la transparencia en América latina*. Transparencia Internacional Latinoamérica y el Caribe. Berlín. Año 1998.

LUCAS MARIN, Antonio. *La comunicación en la empresa y en las organizaciones*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1997.

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Editorial Universidad Iberoamericana. México D.F. Año 1996.

—*Sistemas sociales*. Editorial Anthropos. Barcelona. Año 1998.

LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho penal. Parte especial*. 7ª Edición. Editorial Dykinson. Madrid. Año 1998.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Editorial Universitas. Madrid. Año 1996.

—*La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*, en: Silva Sánchez, Jesús; Schünemann, Bernard; De Figueiredo Dias, J. (Coordinadores): *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1995.

MANFRONI, Carlos. *Soborno transnacional*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Año 1998.

—*The Inter-American convention against corruption*. Lexington Books. Año 2003.

MANSO PORTO, Teresa. *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*. Cuadernos Luis Jiménez de Asúa. Editorial Dykinson. Madrid. Año 1999.

MANTOVANI, Fernando. *Diritto penale*. 2ª Edición. Editorial Cedam. Pádova. Año 1988.  
*Manual del procedimiento sumarial administrativo*. INECIP. Paraguay. Año 2006.

*Manual sobre responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de las administraciones públicas*. Ministerio de Justicia. Gobierno de España. Editorial Thomson- Reuters. Pamplona. Año 2010.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales N° 28. Año 1975. págs. 176-228.

— *La pena de comiso*. Revista de Estudios Penitenciarios N° 216-219. Año 1977.

— *Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la Ley orgánica 8/1983*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1983.

— *Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros*, en: Revista Actualidad Penal. N°24. Editorial La Ley. Madrid. Año 1997-1.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho penal italiano. Según el código de 1930*. Volumen I. Editorial Artibus. Torino. Año 1933.

— *Tratado de Derecho penal italiano*. Volumen V. 4ª Edición. Torino. Año 1962.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia. Madrid. Año 1990.

— *Las consecuencias jurídicas del delito*. 5ª Edición. Editorial Thomson-Reuters. Pamplona. Año 2011.

— *Las consecuencias accesorias en el nuevo código penal*. Revista Penal N° 1. Año 1997.

MARCO DEL PONT, Luis; NADELSTICHER MITRANI, Abraham. *Delitos de cuello blanco y reacción social*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. Año 1982.

MARILUZ URQUIJO, José María. *Ensayo sobre los juicios de residencia indios*. Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla. Año 1952.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. *Derecho internacional público*. Editorial Trotta. 3ª Edición. Valladolid. Año 1999.

MARTÍN LÓPEZ, Miguel Ángel. *El incumplimiento de los tratados internacionales*. Servicio Editorial de la Universidad de Córdoba. Córdoba. Año 2003.

MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo. *Flexibilidad y tratados internacionales*. Editorial Tecnos. Madrid. Año 2003.

MARTÍNEZ MILTOS, Luis. *Consideraciones sobre la reforma de nuestra legislación penal*. Revista Jurídica La Ley (Paraguay). Tomo I. Año 1979. págs. 170-185.

MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Editorial Edersa. Madrid. Año 1989.

MARTINS, Daniel Hugo. *Constitución y administración*. Editorial Librería Jurídica A.M. Fernández. Montevideo. Año 1993.

MATA Y MARTÍN, Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Editorial Comares. Granada. Año 1997.

MAUGERI, Anna Maria. *La sanzione patrimoniale fra garanzie ed efficienza*, en: Zuccalá, Giuseppe (Director): *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*. Anno IX. Julio-septiembre. 1996. págs. 817-904.

MAURACH, Reinhart. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. 7ª Edición alemana. Actualizado por Heinz Zipf. Traducido por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires. Año 1994.

MAURO, Paolo. *The effects of corruption on growth and public expenditure*, en: Heidenheimer, Arnold J.; Johnston, Michael (Editores): *Political corruption. Concepts and contexts*. 5ª Edición. Editorial Transaction Publishers. New Jersey. Año 2009.

MAYER, Max Ernest. *Derecho penal. Parte general*. Editorial BdeF. Montevideo-Buenos Aires. Año 2007.

MAYNTZ, Renate. *Sociología de la administración pública*. Versión española de José Almaraz. Editorial Alianza. Madrid. Año 1985.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Ministerio de Justicia. Madrid. Año 1993.

—*Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*, en: *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. José Ramón Casabó Ruiz*. II Volumen. Universidad de Valencia. Año 1997.

MENDONCA, Daniel. *Un estudio sobre la corrupción en el Paraguay*. Editorial Continental. Asunción. Año 2005.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Editorial Comares. Granada. Año 2001.

MERTON, Robert K. *Teoría y estructura sociales*. Editorial Fondo de la Cultura Económica. México D.F. Año 1987.

MESEGUER YEBRA, Joaquín. *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la administración*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 2007.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*. Tomo I. Traducido por José A. Rodríguez Muñoz. Revista de Derecho Privado. Madrid. Año 1935.

MHARTÍN Y GUIX, Enrique. *Manual del empleado (1905)*. Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid. Año 2007.

MIKKELSEN-LOTH, Jorge. *Enriquecimiento ilícito*. Editorial La Ley. Buenos Aires. Año 2001.

MINTZBERG, Henry. *La estructuración de las organizaciones*. Editorial Ariel Economía. Barcelona. Año 1999.

MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal*. Editorial J.M.B. Bosch. Barcelona. Año 2000.

MIR PUIG, Santiago. *Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales N° 47. Año 1994. págs. 5-28.

—*Constitución, Derecho penal y globalización*, en: Gómez Martín, Víctor (Coordinador): *Política criminal y reforma penal*. Editorial BdeF. Buenos Aires-Montevideo. Año 2007.

—*Derecho penal. Parte general*. 7ª Edición. Editorial Reppertor. Barcelona. Año 2005.

—*El bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi*. Revista Estudios Penales y Criminológicos N° 14. Año 1989. págs. 203-216.

—*El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Editorial Ariel. Barcelona. Año 1994.

—*El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*, en: Carbonell Mateu, Juan Carlos; González Cussac, José Luis; Orts Berenguer, Enrique (Directores): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*. Tomo II. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2006.

—*Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1976.

—*Límites del normativismo en Derecho penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 07-18. Año 2005.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuricidad Penal y sistema del delito*. Editorial J.M. Bosch. Barcelona. Año 2001.

MOLINARIO, Alfredo. *Los delitos*. Editorial Tea. Buenos Aires. Año 1999.

MOMMSEN, Teodoro. *El Derecho penal romano*. Traducido por Pedro Dorado. Editorial La España Moderna. Madrid. Año 1902.

MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Tomo I. Editorial Orbis. Buenos Aires. Año 1984.

MORALES GARCÍA, Oscar. *Los delitos de malversación: apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*. Editorial Aranzadi. Pamplona. Año 1999.

MORALES PRATS, Fermín; RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *Delitos contra la administración pública*, en: Morales Prats, Fermín (Coordinador): *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. 8ª Edición. Editorial Aranzadi-Thomson Reuters. Pamplona. Año 2009.

MORENO Y BRAVO, Emilio. *Autoría en la doctrina del tribunal supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*. Editorial Dykinson. Madrid. Año 1997.

MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa. *Tentativa de delito y delito irreal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1999.

MOREY, Andrés. *La determinación de efectivos en la burocracia española y el comportamiento burocrático*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 1977.

—*La función pública. Necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 2004.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Delitos contra la administración pública (I) Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos*, en: Cobo del Rosal, Manuel (Coordinador): *Derecho penal español. Parte especial*. 2ª Edición. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2005.

MUNA, Akere. *La convención de la unión africana contra la corrupción*, en: Transparencia Internacional. Informe global de la corrupción. Berlín. Año 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *El desistimiento voluntario de consumir el delito*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1972.

—*El error en Derecho penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1989.

—*Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal*, en: Muñoz Conde, Francisco (Dirección): *Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal. Conferencias pronunciadas en las jornadas de Derecho penal para directivos de la junta de Andalucía*. Sevilla. Año 1997.

—GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte especial*. 16ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2007.

—GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. 7ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2007.

—ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Bien jurídico y función en Derecho penal*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Año 2004.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*. Tomo I. Editorial Thompson-Civitas. Madrid. Año 2004.

MURIEL PATINO, María Victoria. *Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *La corrupción en un mundo globalizado*. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2004.

MURIEL PATINO, María Victoria. *Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *La corrupción en un mundo globalizado*. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2004.

MUSCO, Enzo. *I delitti di corruzione nel codice penale italiano*, en: Ferré Olivé, Juan Carlos (Editor): *Fraude y corrupción en la administración pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en europa*. Volumen III. Ediciones Universidad de Salamanca. Año 2002.

—*La tutela penal societaria y la falsedad en el balance entre los límites normativos y las ambigüedades interpretativas*. Revista Penal Nº 5. Año 2000. págs. 52-64.



MÜSSIG Berd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal (sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema)*. Revista de Derecho Penal y Criminología N° 9. Año 2002. págs. 169-210.

MUZILA, Lindy; MORALES, Michelle; MATHIAS, Marianne; BERGER, Tammar. *On the take. Criminalizing illicit enrichment to fight corruption*. Stolen Asset Recovery Initiative. World Bank-UNODC. Año 2012.

NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro. *Reflexión sobre una posible etiología de las malas prácticas y la corrupción en el ámbito de las administraciones públicas*, en: Romero Guzmán, Juan José (Editor): *Buen gobierno y corrupción. Algunas perspectivas*. Editorial Universidad Católica de Chile. Santiago. Año 2009.

NEWCOMB, Theodore M. *Manual de psicología social*. Traducido por Ricardo José Malfe. Editorial Universidad de Buenos Aires. Año 1973.

NIETO MARTÍN, Adán. *La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)*. Revista Penal N° 10. Año 2002. págs. 55-69.

NIETO, Alejandro. *Corrupción en la España democrática*. Editorial Ariel. Barcelona. Año 1997.

—*Derecho administrativo sancionador*. 4ª Edición. Editorial Tecnos. Madrid. Año 2005.

—*Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 1986.

—*La organización del desgobierno*. Editorial Ariel. Barcelona. Año 1984.

*Norma Internacional ISO 9000. Sistemas de gestión de la calidad. Fundamentos y vocabulario*. Organización Internacional para la Estandarización. Ginebra. Año 2005. Pág. 12.

NÚÑEZ GARCÍA-SAUICO, Antonio. *La convención de naciones unidas contra la corrupción*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *La corrupción en un mundo globalizado*. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2004.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*. Editorial Reus. Madrid. Año 1934.

NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Delito tentado e idoneidad en el Derecho penal español*. Revista de Derecho Penal N° 14. Año 2004. págs. 124-140.

—*El delito intentado*. Editorial Codex. Madrid. Año 2003.

NÚÑEZ RODRÍGUEZ, Víctor Manuel. *La constitución y el nuevo Sistema penal*, en: Camacho, Emilio; Lezcano Claude, Luis (Compiladores): *Comentario a la constitución. Homenaje al décimo aniversario*. Tomo II. Corte Suprema de Justicia. Asunción. Año. 2002.

NÚÑEZ, Ricardo. *Derecho penal argentino*. Tomo VII. Editorial Lerner. Buenos Aires. Año 1974.

OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. Editorial Civitas. Madrid. Año 1980.

—HUERTA TOCILDO, Susana. *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*. 2ª Edición. Madrid. Año 1986.

OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 1999.

OLÍAS DE LIMA, Blanca. *Manual de organización administrativa del Estado*. Editorial Síntesis. Madrid. Año 2006.

OLMEDA GÓMEZ, José Antonio. *Ciencia de la administración. Teoría de la organización y gestión pública*. Volumen I. UNED. Madrid. Año 1999.

OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo. *La inducción como forma de participación accesoria*. Editorial Edersa. Madrid. Año 1999.

*Órganos constitucionales*. Corte Suprema de Justicia del Paraguay. Asunción. Año 2007.

ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho procesal civil*. 10ª Edición. Editorial Thomson-Reuters. Pamplona. Año 2010.

OSSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. 30ª Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Año 2004.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Tomo II. 8ª Edición. Editorial Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. Año 2011.

PABÓN GÓMEZ, Germán. *Lógica del indicio en materia criminal*. Tomo I. 3ª Edición. Editorial Ibañez. Bogotá. Año 2007.

PACHECO, Joaquín Francisco. *El código penal. Concordado y comentado*. Tomo II. 6ª Edición. Madrid. Año 1888.

PALAZZO, Francesco. *Principio fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia*. Revista Penal N° 4. Año 1999. págs. 68-83.

PALOMAR OLMEDA, Alberto. *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. 7ª Edición. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2003.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón. *Empleo público y globalización de la economía*. Revista Documentación Administrativa N° 243. Año 1995. págs. 23-66.

—*La degeneración del modelo de función pública*, en: Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime (Coordinador): *La administración pública española*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 2002.

—*Derecho administrativo. Organización y empleo público*. Tomo II. 17ª Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2010.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales*, en: Mir Puig, Santiago; Modolell González, Juan Luis; Gallego Soler, José Ignacio; Bello Rengifo, Carlos Simón (Coordinadores): *Estudios de Derecho penal económico*. Editorial Livrosca. Caracas. Año 2002.

PARSONS, Talcott. *El sistema social*. Traducido por José Jiménez y José Cazorla. Editorial Alianza Universidad. Madrid. Año 1999.

PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*. 6ª Edición. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1996.

PATIÑO RUIZ, Humberto. *La administración pública y el sistema de servicio civil*. Universidad Pontificia Javeriana. Bogotá. Año 1960.

PEÑA VILLAMIL, Manuel. *Derecho administrativo*. Asunción. Año 1997.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1990.

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*. Editorial Comares. Granada. Año 1998.

PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor*. Editorial Praxis. Barcelona. Año 1991. Pág. 55.

PÉREZ KASPARIAN, Sara. *El cohecho del juez penal, una modalidad de la corrupción*, en: Rezzoagli, Bruno (Coordinador): *Análisis jurídico, económico y político de la corrupción*. Editorial Porrúa. México. Año 2005.

PESSINA, Enrico. *Enciclopedia del Diritto penale italiano*. Volúmen X. Società Editrice Libreria. Milán. Año 1908.

PETERS, T. J.; WATERMAN, Robert H Jr. *En busca de la excelencia. Lecciones de las empresas mejor gestionadas de Estados Unidos*. 5ª Edición. Editorial Folio. Madrid. Año 1991.

PETROCELLI, Biagio. *Principi di Diritto penal*. Volúmen I. 2ª Edición. Editorial Dott. Napoli. Año 1964.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Algunas consideraciones acerca de la legitimación del Derecho penal ¿es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?*, en: Gómez-Jara Díez, Carlos (Coordinador): *Teoría de sistemas y Derecho penal*. Editorial Comares. Granada. Año 2005.

—*Rol social y sistema de imputación*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 2005.

PIZA RODRÍGUEZ, Julio Roberto. *Ley modelo sobre declaración de ingresos, pasivos y activos, por parte de quienes desempeñan funciones públicas*. Organización de Estados Americanos. Vid: <http://www.oas.org/juridico/spanish/legmod.htm>.

—*Ley modelo sobre declaración de ingresos, pasivos y activos por parte de quienes desempeñan funciones públicas*. Organización de Estados Americanos (OEA). [www.oas.org/juridico/spanish/preventivas/guate\\_docs/Dr.\\_Julio\\_Roberto\\_Piza\\_Rodríguez\\_ez.htm](http://www.oas.org/juridico/spanish/preventivas/guate_docs/Dr._Julio_Roberto_Piza_Rodríguez_ez.htm).

PLANTEY, Alain. *Derecho y práctica de la función pública internacional y europea*. Colección Estudios Administrativos. Año 1982.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Delitos contra la administración pública*, en; Cobo del Rosal, Manuel (Director): Curso de Derecho penal español. Parte especial. Tomo II. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 1997.

—*El bien jurídico en el Derecho penal*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Año 1974.

POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto. *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 1989.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*. Editorial Edersa. Madrid. Año 1990.

—*El Derecho penal entre el cosmopolismo universalista y el relativismo posmodernista*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2007.

—*La influencia de las ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales*, en: Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfrid; Nieto Martín, Adán (Coordinadores): *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Editorial de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. Año 2003.

PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la administración pública*. 2ª Edición. Editorial Jurídica Portocarrero. Lima. Año 1997.

PRATS I CATALÁ, Joan. *De la burocracia al management, del management a la gobernanza*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 2005.

PRIETO, Justo José. *Prevención y represión del enriquecimiento ilegítimo*. Revista Jurídica La Ley (Paraguay) Tomo 12. Año 1989.

PULECIO BOEK, Daniel. *Delitos contra el orden económico y social*. Editorial Ibáñez. Bogotá. Año 2011.

PULITANO, Domenico. *Diritto penale*. Torino. Año 2005.

PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Traducido por Marcelo A. Sancinetti. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Año 2010.

QUEL LÓPEZ, Javier. *Las reservas a los tratados internacionales*. Servicio Editorial del País Vasco. Bilbao. Año 1991.

QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *Un concreto aspecto del llamado Derecho penal económico: los delitos bursátiles*. Editorial Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas. Madrid. Año 2006.

—BARBA ÁLVAREZ, Rogelio. *En torno a la inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito en el código penal de los Estados Unidos Mexicanos y en el código penal para el estado libre y soberano de Jalisco*. Cuadernos de Política Criminal. N° 78. Año 2002. págs. 695-696.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de la parte especial del Derecho penal*. Tomo II. 2ª Edición. Editorial Revista de Derecho privado. Madrid. Año 1964.

QUINTERO OLIVARES, Gonzálo. *El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo*. Actualidad Jurídica Aranzadi N° 698. Año 2006. págs. 1-6.

—*Parte general del Derecho penal*. 4ª Edición. Editorial Thomson- Aranzadi. Pamplona. Año 2010.

—*Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 12-r”. Año 2012.

— *La reforma del comiso, art. 127*, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director): *La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Editorial Aranzadi- Thompson- Reuters. Navarra. Año 2010.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1999.

RAMÍREZ CANDIA, Manuel de Jesús. *Derecho administrativo*. Asunción. Año 2004.

RAMOS TAPIA, María Inmaculada. *El delito de prevaricación judicial*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2000.

—WOISCHNIK, Jan. *Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideraciones del principio de proporcionalidad*, en: Anuario de Derecho constitucional latinoamericano. Editorial Konrad-Adenauer- Stiftung. Año 2001.

RANIERI, Silvio. *Manuale di Diritto pena. Parte speciale*. Volúmen III. 2ª Edición. Editorial Cedam. Pádova. Año 1967.

REBOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la administración pública*. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 1995.

*Recopilación de leyes de los reinos de las indias*. Tomo II. Consejo de la Hispanidad. Madrid. Año 1943.

REGIS PRADO, Luiz. *Los delitos de cohecho y de tráfico de influencias en las transacciones comerciales internacionales conforme al código penal brasileño*. Revista de Derecho Penal y Criminología N° 1. Año 2009. págs. 147-173.

REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho internacional público. Derecho de los tratados*. TomoII. Editorial Tecnos. Madrid. Año 1987.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Criminología*. 8ª Edición. Editorial Temis. Bogotá. Año 1987.

RIMONDI, Jorge Luis. *Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública*. Editorial Ad- Hoc. Buenos Aires. Año 2005.

RITTER VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Tratado de Derecho penal*. 14ª Edición Alemana. Traducido por Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Editorial Hamurabi. Buenos Aires. Año 1989.

RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel. *Consideraciones críticas de carácter general acerca del proyecto de código penal para el Paraguay*. Revista de Derecho Penal y Criminología. N° 6. Año 1996. págs. 1227-1244.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y latinoamericana*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *La corrupción en un mundo globalizado*. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2004.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Editorial Atelier. Barcelona. Año 2007.

ROCA AGAPITO, Luis. *El delito de malversación de caudales públicos*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1999.

RODRIGO LÓPEZ, Pedro; SOBRINO MARTÍNEZ, Ana. *Delitos contra la administración pública*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 2008.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis; OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *Delitos contra la función pública*. 2ª Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Año 2008.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal español. Parte Especial*. 17ª Edición. Editorial Dykinson. Madrid. Año 1994.

—*Derecho penal español. Parte general*. 17ª Edición. Editorial Dykinson. Madrid. Año 1994.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. 2ª Edición. Editorial Comares. Granada. Año 2006.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, Carmen. *Aspectos penales de la corrupción en la administración pública*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *La corrupción en un mundo globalizado*. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2004.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando. *¿Puede el Derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del Derecho*, en: Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores): *La corrupción en un mundo globalizado*. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2004.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid. Año 1994.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal. Parte general*. Editorial Civitas. Madrid. Año 1977.

—*La presunción legal de voluntariedad*. Anuario de Derecho penal y ciencias penales. Tomo 18. Año 1965. págs. 33-84.

RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *El delito de cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*. Editorial Aranzadi. Pamplona. Año 1999.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Presunción de inocencia no minimizada*. Revista Jurídica La Ley. Año 1983-4. págs. 1249-1252.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *La caracterización constitucional de la ética pública: Una aproximación positiva*, en: Rodríguez-Arana, Jaime; García Mexía, Pablo (Editores): *Códigos éticos. Una respuesta concreta de gobernanza en positivo*. Editorial Netbiblo. Año 2009.

ROLDÁN BARBERO, Horacio. *El delito de malversación*, en: Muñoz Conde, Francisco (Dirección): Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal. Conferencias pronunciadas en las jornadas de Derecho penal para directivos de la junta de Andalucía. Sevilla. Año 1997

—*Introducción a la investigación criminológica*. 2ª Edición. Editorial Comares. Granada. Año 2009.

ROMÁN, Manuel. *Burocracia y cambio social*. Ediciones José Porrúa Turanzas. Madrid. Año 1976.

ROMANO, Mario. *Merecimiento de pena, necesidad de pena y teoría del delito*, en: Silva Sánchez, Jesús; Schünemann, Bernard; De Figueiredo Dias, J. (Coordinadores): Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1995.

—*I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali- Artt. 314-335 cod.pen.* 2ª Edición. Editorial Giuffrè. Milán. Año 2006.

ROMANO, Santi. *El ordenamiento jurídico*. Traducido por Sebastian Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. Año 1963.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*. Editorial Coyoacan. México. Año 2007.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Introduction and overview*, en: Rose-Ackerman, Susan (Editora): International handbook on the economics of corruption. MPG Books. U.K. Año 2006.

—*When is corruption harmful?*, en: Heidenheimer, Arnold J.; Johnston, Michael (Editores): Political corruption. Concepts and contexts. 5ª Edición. Editorial Transaction Publishers. New Jersey. Año 2009.

ROVIRA TORRES, Olga. *El encubrimiento*. Biblioteca Básica de Práctica Procesal N° 193. Editorial Boch. Barcelona. Año 2001.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. 7ª Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2000.

—*Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia*, en: García Valdés, Carlos; Cuerdo Riezu, Antonio; Martínez Escamilla, Margarita; Alcácer Guirao, Rafael; Valle Mariscal de Gante, Margarita (Coordinadores): Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II. Editorial Edisofer. Madrid. Año 2008.

—*Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Editorial Thompson-Civitas. Madrid. Año 1997.

—*Fundamentos políticos-criminales del Derecho penal*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Año 2008.

—*La teoría del delito en la discusión actual*. Traducido por Manuel Abanto Vásquez. Editorial Grijley. Lima. Año 2007.

—*Problemas básicos del Derecho penal*. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña. Editorial Reus. Madrid. Año 1976.

RUEDA GARCÍA, Luis. *La reforma del comiso y su adaptación al Derecho europeo*, en: Álvarez García, Javier (Director): *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la unión europea*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2009.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del código penal*. Editorial Comares. Granada. Año 2010.

RUGGIERO, Vincenzo. *Delitos de los débiles y de los poderosos*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 2005.

RUSCONI, Maximiliano. *Los límites del tipo penal. Un análisis de la tipicidad conglobante*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 1992.

SAINZ CANTERO, José. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Tomo III. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1985.

SALMINEM, Ari. *Responsabilidad, valores y principios éticos del servicio público: las opiniones de los legisladores finlandeses*. Revista Internacional de Ciencias Administrativas. Vol. 72, N° 2. Año 2006. págs. 175-192.

SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Sobre la inconstitucionalidad del Art. 268 (2) del código penal argentino*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 1994.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Valladolid. Año 1999.

—*La criminalidad organizada-Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2005.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la función pública*. 3 Edición. Editorial Tecnos. Madrid Año 2002.

—*La participación del ciudadano en la administración pública*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. Año 1980.

SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier. *El denominado delito de propia mano*. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2004.

SANTALUCIA, Bernardo. *Derecho penal romano*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. Año 1990.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho administrativo general*. Tomo I. Editorial Iustel. Madrid. Año 2004.

SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2000.

—*Funciones del Derecho penal y bienes jurídicos-penales colectivos*. Revista Actualidad Penal N° 9. Año 2001. págs. 141-162.



SANZ MORAN, Ángel José. *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*. Editorial Universidad de Valladolid. Año 1986.

SAPELLI, Giulio. *Cleptocracia. El mecanismo único de la corrupción entre economía y política*. Editorial Losada. Buenos Aires. Año 1998.

SAPENA DAVÓ, Joaquín; SAPENA DAVÓ, Francisco. *Naturaleza, efectos y clases de las obligaciones*, en: Delgado de Miguel, Juan Francisco (Coordinador): *Instituciones de Derecho privado- reales*. Tomo III. Volumen 1. Editorial Civitas-Thompson. Madrid-España. Año 2003.

SARAVIA TOLEDO, Rogelio; VILLADA, Jorge Luis. *Curso de Derecho penal. Parte especial*. Editorial Virtudes. Buenos Aires. Año 2003.

SAVERIO FORTUNA, Francesco. *I delitti contro la pubblica amministrazione*. Editorial Giuffrè. Milán. Año 2002.

SAUMELL, María Fernanda; CONTI, Néstor Jesús. *El delito de enriquecimiento ilícito y una profusa violación a las garantías y principios constitucionales*, en: Ferrara, Juan Alberto (Director): *Temas de Derecho penal argentino*. Editorial La Ley. Buenos Aires. Año 2006.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 2003.

SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico*, en: Hefendehl, Roland (Editor): *La teoría del bien jurídico*. Editorial Marcial Pons. Año 2007.

SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. *Los delitos de daños*. Editorial Aranzadi. Pamplona. Año 1994.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho penal. Parte especial*. 12ª Edición. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2007.

SERRANO MAILLO, Alfonso. *Introducción a la criminología*. 2ª Edición. Editorial Dykinson. Madrid. Año 2005.

SILVA MERELO, Valentín. *Ilicitud civil y penal*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 2ª Época. Tomo XI. Año 1946.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 2002.

—*El delito de omisión. Concepto y sistema*. 2ª Edición. Editorial. Editorial BdeF. Montevideo-Buenos Aires. Año 2003.

—*La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Reimpresión de la 2ª Edición. Editorial Civitas. Madrid. Año 2006.

SIMMEL, Georg. *Sociología: estudios sobre las formas de socialización*. Editorial Alianza. Madrid. Año 1986.

SOLA RECHE, Esteban. *La llamada tentativa inidónea de delito. Aspectos básicos*. Editorial Comares. Granada. Año 1996.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Editorial TEA. Tomos II y V. Buenos Aires. Año 1976.

SOMMERMANN, Karl Peter. *La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del estado de derecho*, en: García Macho, Ricardo (Editor): *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2010.

SOROKIN, P. *Sociedad, cultura y personalidad*. Editorial Aguilar. Madrid. Año 1956.

SOTO NAVARRO, Susana. *La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 07-09. Año 2005.

—*La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Editorial Comares. Granada. Año 2003.

STABILE VÁZQUEZ, Agustina. *Responsabilidad patrimonial del funcionario público en el delito de enriquecimiento ilícito*, en: Bruzzone, Gustavo; Gullco, Hernán (Coordinadores): *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 2005.

STEIJN, Bram; LEISINK, Peter. *Compromiso organizacional entre los empleados del sector público neerlandés*. Revista Internacional de Ciencias Administrativas. Vol. 72, Nº 2. Año 2006. págs. 193-210.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Traducido por Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Editorial Thomson. Navarra. Año 2005.

SUTHERLAND, Edwing H. *El delito de cuello blanco*. Editorial Universidad Central de Venezuela. Año 1969.

TAMARIT SUMALLA, Josep. *La víctima en el Derecho penal. De la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima*. Editorial Aranzadi. Pamplona. Año 1998.

TENCA, Adrián Marcelo. *Dolo eventual*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Año 2010.

TERMES I ANGLES, Ferran. *El código de ética. Normas básicas para su diseño en la administración pública*. Editorial Gestión. Barcelona. Año 2005.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense Nº 63. Año 1981. págs. 123-150.

—*Peligro abstracto y garantías penales*, en: Quintero Olivares, Gonzalo; Morales Prats, Fermín (Coordinadores): *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*. Editorial Aranzadi. Navarra. Año 2001.

*The global programme against corruption. Anti-corruption toolkit*. United Nations. 3 Edition. Viena. Año 2004.

TORIO LÓPEZ, Ángel. *Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas*, en: Romeo Casabona, Carlos María (Editor): *Dogmática penal, política criminal y criminología*

en evolución. Centro de Estudios Criminológicos. Universidad de la Laguna. Tenerife-Canarias. Año 1997.

—*Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales N° 34. Año 1981. págs. 825-847.

TORRENTE, Diego. *Desviación y delito*. Editorial Alianza. Madrid. Año 2001.

VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública*. Revista Cuadernos de Política Criminal. N° 62. Año 1997. págs. 435-498.

—*El tratamiento penal de la corrupción del funcionario*. Editorial Edersa. Madrid. Año 1996.

—*Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Año 2003. págs. 777-814.

VAN KLAVEREN, Jacob. *Corruption as a historical phenomenon*, en: Heidenheimer, Arnold J.; Johnston, Michael (Editores): *Political corruption. Concepts and contexts*. 5ª Edición. Editorial Transaction Publishers. New Jersey. Año 2009.

VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado*. Editorial Thomson-Aranzadi. Navarra. Año 2007.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *Los delitos contra la administración pública*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 2003.

VEDEL, Georges. *Derecho administrativo*. Traducido por Juan Ricon Jurado. Editorial Aguilar. Madrid. Año 1980.

VENTURINI, Carlo. *Studi sul crimen repetundarum nell'eta repubblicana*. Milano. Año 1979.

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *El delito de enriquecimiento ilícito. Su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada. Especial referencia a la legislación penal colombiana*. Universidad Internacional de la Florida. Miami. Año 2008.

— *El comiso ampliado: consideraciones constitucionales*, en: Carbonell Mateu, Juan Carlos; González Cussac, José Luis; Orts Berenguer, Enrique (Directores): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*. Tomo II. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2006.

VILADÁS JENÉ, Carles. *La delincuencia económica*, en: Bergalli, Roberto; Bustos Ramírez, Juan (Directores): *El pensamiento criminológico. II- Estado y control*. Editorial Península. Barcelona. Año 1983.

VILLADA, Jorge Luis. *Delitos contra la función pública*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Año 1999.

VILLAMIZAR GUERRERO, Jorge. *Los delitos contra el patrimonio público. En la ley orgánica de salvaguardia*. Editorial Andina. Mérida (Venezuela). Año 1994.

VILLORIA MENDIETA, Manuel. *Conflictos de intereses, incompatibilidades y ética del servicio público*, en: Palomar Olmeda, Alberto (Coord): El estatuto básico del empleado público y su incidencia en el ámbito local. Editorial CEMCI. Granada. Año 2007.

—*El servicio civil de carrera en Latinoamérica*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 2007.

VIRGONILI, Julio; SIMONETTI, José María. *Delitos de cuello blanco*. Buenos Aires. Año 1988.

VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*. Editorial Comares. Granada. Año 2003.

— *El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes*. Revista Penal N° 19. Año 2007. pags. 162-178.

VOLOSIN, Natalia. *Medidas para prevenir y detectar transferencias del producto de la corrupción pública en la Argentina. III Medidas para controlar el incremento patrimonial de los funcionarios públicos*, en Jorge, Guillermo (Director): Recuperación de activos de la corrupción. Editorial Del Puerto. Buenos Aires. Año 2008.

VOLTES BOU, Pedro. *La teoría general de sistemas*. Editorial Hispano Europea. Barcelona. Año 1978.

VON BERTALANFFY, Ludwing. *Perspectivas en la teoría general de sistemas: estudios científicos-filosóficos*. Versión española de Antonio Santisteban. Editorial Alianza. Madrid. Año 1979.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Tomo II. 20ª Edición alemana. Traducido por Luis Jiménez de Asua. Editorial Reus. Madrid. Año 1919.

VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Editorial Comares. Granada. Año 2007.

WEBER, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Traducido por José Medina Echavarría. Fondo de Cultura Económica. Madrid. Año 1993.

WEINSCHLBAUM, Federico. *El triangulo de la corrupción*, en: Cárdenas, Mauricio; Steiner, Roberto (Coordinadores): Corrupción, crimen y justicia. Una perspectiva económica. Bogotá. Año 1998.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. 11ª Edición. Traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Año 1970.

WILSHER, Dan. *Inexplicable wealth and illicit enrichment of public officials: A model draft that respect human rights in corruption cases*, en: Crime, Law & Social Change. Vol. 45. Editorial Springer. Países Bajos. Año 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. 2ª Edición. Editorial Ediar. Buenos Aires. Año 2002.

—*Manual de Derecho penal. Parte general*. 2ª Edición. Editorial Ediar. Buenos Aires. Año 2006.

ZARAGOZA AGUADO, Javier-Alberto. *La nueva regulación del comiso de bienes en el código penal y en el derecho comparado*, en: GÓMEZ BERMUDEZ, Salvador Francisco Javier (Director): *Las últimas reformas penales II*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid. Año 2006.

ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. *El enriquecimiento ilícito. Aspectos jurídico-procesales*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogota. Año 1993.

ZORRAQUIN BECÚ, Ricardo. *La organización política argentina en el periodo hispánico*. 3ª Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. Año 1967.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*. Editorial Codex. Madrid. Año 2001.