

EL BUEN GOBIERNO COMO BIEN JURÍDICO CATEGORIAL DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

(Ponencia para el II Congreso Internacional de Derecho Público y Buen Gobierno - Tema: Transparencia y control de la administración pública)

Por: Yvana Novoa Curich

Abogada y miembro del DEPEC



Foto: @esahoramurcia.es

Introducción

La corrupción es un problema de dimensiones no solo estatales sino internacionales. Su gravedad radica no solo en que trastoca la estructura y orga-

nización del aparato estatal, sino en el efecto altamente nocivo que tiene en un aspecto fundamental del concepto de desarrollo humano: los derechos fundamentales. Debido a estos efectos altamente dañinos, el Derecho Penal -fragmentario y subsidiario- ha considerado necesario reprimir y sancionar las conductas corruptas por parte de funcionarios públicos. Aquí nace la necesidad de investigar y buscar un contenido del bien jurídico penalmente protegido en estos delitos, con la finalidad de perfeccionar su comprensión y coadyuvar al mejor entendimiento de los efectos graves que sustentan el desvalor o reproche penal de estas conductas.

1. Los bienes jurídicos

Antes de definir qué es un bien jurídico, es necesario dilucidar cómo se determina dicha categoría para poder saber cuándo se está frente a un bien jurídico. Un sector de la doctrina considera que “*el concepto de bien jurídico debería reservarse para aquellos estados de cosas que han sido valorados de forma positiva por quien crea el Derecho, lo que hoy en día quiere decir, por regla general, el legislador.*”¹ Sin embargo, se debe recordar que la labor del legislador es una labor de representación de la sociedad. El poder legislativo es un poder delegado por el pueblo y, por lo tanto, el ejercicio de la función de creación del Derecho deberá responder a las necesidades, principios y parámetros sociales a los que representa. Siendo esto así, se considera adecuada la postura que señala que:

“En un Estado democrático la determinación del objeto a ser protegido por la norma penal no puede estar reducido a una exclusiva decisión del legislador. Formalmente, como consecuencia del principio de legalidad el precepto penal será el resultado de un proceso legislativo, pero la determinación del bien jurídico corresponde a la base social que comunicará su decisión a las instancias políticas que formalmente tengan el deber de materializar dicha decisión.”²

En otras palabras, si bien la determinación de cuándo se está ante un bien jurídico penalmente protegible recae en última instancia en el sujeto o

1 AMELUNG, KNUT. El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. En: HEFENDEHL, Roland (ed). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 228.

2 HORMAZABAL MALAREE, Hernán. Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal). Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1992, pp. 142-143.

poder específico del legislador, lo cierto es que su decisión deberá fundarse en la valoración que la sociedad representada tenga de dichos bienes y de las conductas a ser prohibidas penalmente.

En un Estado social y democrático de Derecho la norma que por excelencia recoge el modelo concreto de sociedad al que se aspira y las condiciones mínimas que se requieren para el desarrollo de aquella es la Constitución. Aquí resulta de suma relevancia hacer referencia a ROXIN cuando postula que: *-() La única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente solo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental de nuestro 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*.³ El Tribunal Constitucional comparte esta mirada y lo ha establecido de esa forma en su jurisprudencia.⁴

1.1. Definición y función

Los delitos implican la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos por medio de la realización de comportamientos de riesgo no permitido.⁵ Los bienes jurídicos son condiciones mínimas que permiten la participación de los individuos dentro de una sociedad⁶ y deben encontrar asidero en la Constitución. Se trata de condiciones o valores dinámicos que dependerán de los cambios sociales.⁷

Cumplen tres funciones principales: a) función crítica; b) función interpretativa; y c) función sistemática.

Atendiendo a la función sistemática del bien jurídico por la cual se clasifica los tipos penales según el bien jurídico tutelado, se puede afirmar que existen bienes jurídicos categoriales o también llamados «generales»

³ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 2006, pp. 55-56.

⁴ STC 00017-2011-PI/TC

⁵ ROXIN, Claus. La Teoría del Delito en la discusión actual. Lima: Grijley, 2007, pp. 94-95.

⁶ GUIMARAY MORI, Erick. "El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad". En: MONTROYA, Yván, y otros. Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú. Lima, IDEHPUCP, 2012, p. 101.

⁷ ROXIN, Claus. 2006, Op. Cit. pp. 57-58.

o «sombrija» bajo los cuales se agrupan diversas figuras y conductas delictivas cuya comisión lesiona o pone en peligro, en primer lugar, a dicho bien jurídico general. Asimismo, la función teleológica o interpretativa de los bienes jurídicos permite indicar que dichos bienes jurídicos categoriales sirven para interpretar el alcance de los tipos penales que bajo dicha «sombrija» se ordenan. Por otro lado, esas conductas delictivas específicas que lesionan el bien jurídico categorial, a su vez, lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos específicos respectivamente. Se trata de bienes jurídicos más concretos que responden a la conducta delictiva específica que caracteriza a cada tipo penal. Es necesario no confundir dichos bienes jurídicos específicos con el objeto de protección. Este último es el *“correlato aprehensible en el mundo naturalístico que puede ser atacado”*⁸

2. El principio de Buen Gobierno: concepto y base constitucional

Estado moderno se encuentra construido sobre tres pilares: el Estado de Derecho, la democracia y el buen gobierno. En este sentido, el buen gobierno es producto de

⁸ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Manuel. Acerca de la teoría de los bienes jurídicos. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2006, p. 15. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130208_01.pdf.

«Un sector de la doctrina considera que “el concepto de bien jurídico debería reservarse para aquellos estados de cosas que han sido valorados de forma positiva por quien crea el Derecho, lo que hoy en día quiere decir, por regla general, el legislador.”»

la evolución del Estado moderno⁹ el cual, actualmente, debe procurar la seguridad jurídica y debe adaptarse y responder a las necesidades de la ciudadanía.¹⁰ El buen gobierno es un principio de rango constitucional que puede ser definido, en primer lugar, como:

“el adecuado y responsable ejercicio del poder y del cumplimiento de los deberes de función estatal, garantizando la realización de los derechos humanos y la protección del interés público, proveyendo marcos institucionales transparentes y participativos para el eficaz funcionamiento del aparato estatal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, como medio para asegurar el desarrollo de todos los miembros de la sociedad en condiciones dignas y de igualdad”.¹¹

Este principio constitucional de buen gobierno tiene asidero en el artículo 39^o que dispone que *-todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación (-);* así como en el artículo 44^o que contempla que *-son deberes primordiales del Estado: (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (...)*”.

Al tratarse de un principio o valor fundamental y de rango constitucional, tiene un carácter instrumental por la cual derivan de aquel una serie de subprincipios. Estos principios constitutivos del buen gobierno son: i) corrección; ii) transparencia; iii) participación; iv) rendición de cuentas y; v) eficacia¹²; y se encuentran fundamentados, también, en la Carta Magna. Todos estos elementos constituyen parámetros de calidad de la actuación pública de los funcionarios y servidores públicos que a ejercen.¹³ Dicha calidad halla su razón de ser en la protección y garantía plena de los derechos humanos y del bienestar general. De estos subprincipios emanarán, en muchos casos, los bienes jurídicos específicos de cada delito de corrupción.

9 ADDINK, Henk. Good Governance: Overview and principles of properness. Oxford University, 2013, p.12.

10 CASTRO, Alberto. Legalidad, Buenas prácticas administrativas y eficacia en el sector público: un análisis desde la perspectiva jurídica del buen gobierno. En: Buen Gobierno y Derechos Humanos. Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú. Lima: Facultad de Derecho PUCP, 2014, pp. 244-245.

11 CASTRO, Alberto. Ibidem, p. 248.

12 CASTRO, Alberto. Ibidem, p. 248.

13 CASTRO, Alberto. Ibidem, p. 248.

2.1 El principio de Buena Administración

Se trata de las obligaciones del buen gobierno pero aplicadas específicamente al ámbito de la actividad administrativa y no a todos los poderes e instituciones públicas, como ocurre con el Buen Gobierno). La buena administración contiene dos valores esenciales del Estado democrático de Derecho: a) control de discrecionalidad (su manejo hacia la mejor decisión posible), y b) objetividad e imparcialidad en la actuación administrativa.¹⁴ Esto, con la finalidad de proteger los derechos en sede administrativa. La buena administración sería el contenido del bien jurídico de la postura mayoritaria.

3. El Buen Gobierno como bien jurídico categorial

3.1 Postura mayoritaria: el correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico protegido

Según esta posición mayoritaria, la administración pública no es protegida porque su valor resida en sí misma sino que se la resguarda en tanto su función busca realizar los fines del Estado constitucionalmente establecidos y ser prestacional a los ciuda-

14 CASTRO, Alberto. Ibidem, p. 251.

«La buena administración contiene dos valores esenciales del Estado democrático de Derecho: a) control de discrecionalidad (su manejo hacia la mejor decisión posible), y b) objetividad e imparcialidad en la actuación administrativa»

danos.¹⁵ Así por ejemplo, para MIR PUIG, “*El bien jurídico protegido con carácter general o categorial en los delitos () objeto del presente estudio, lo constituye el correcto funcionamiento de la Administración pública, en su vertiente objetiva de «función pública» o servicio público, en su aspecto más bien externo, de la relación Administración-ciudadano ()*”.¹⁶

En la misma línea, RODRÌGUEZ MOURULLO considera que “el bien jurídico protegido () es, con carácter general, el buen funcionamiento de las Administraciones Públicas y, en definitiva, el bien común como prioritario objetivo a que va dirigido el desempeño de la actividad de los funcionarios que las integran ()”.¹⁷

3.2 Conclusión y toma de postura: Buen Gobierno como bien jurídico categorial

Hablar de correcto funcionamiento de la administración pública nos parece un acercamiento adecuado para determinar cuál es el bien jurídico protegido en los delitos de corrupción.

Desde el plano del Derecho Administrativo, la Administración Pública está compuesta por todas aquellas entidades que realizan función administrativa. Esta última es transversal a los diversos organismos estatales y puede ser ejercida por entes privados o no estatales por delegación (a diferencia de la función legislativa, gubernativa y jurisdiccional, que no pueden ser delegadas).¹⁸ Si bien la función administrativa está orientada al interés general, también se caracteriza por tener una relación directa con los particulares, afectándolos directamente).

15 MONTROYA VIVANCO, Yvan y otros. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p. 29.

16 MIR PUIG, Carlos. Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal. Barcelona: José María Bosch Editor, 2000, p. 19.

17 RODRÌGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Código Penal. Madrid: Thomson Civitas, 2004. P. 2296.

18 GUZMÀN NAPURÌ, Christian. Manual del Procedimiento Administrativo General. Lima: Pacífico Editores, 2013. P. 19.

Por otro lado, otro factor a considerar es que en el ordenamiento nacional no existe consenso sobre un único concepto de funcionario público. En el ámbito administrativo existen distintos regímenes contractuales y por ende, distintos conceptos de funcionario público.¹⁹ Por ello es que resulta tan importante que el ordenamiento penal comprenda una definición o concepto de funcionario público autónoma y amplia que no solo abarque las diversas concepciones desordenadas de funcionario para el plano administrativo, sino que incluya a todas aquellas personas que con sus actos sean capaces de vincular al Estado en general y que tengan un título habilitante para hacerlo.²⁰

Así, lo lógico es que el bien jurídico que se tutele a través de la tipificación penal de los delitos de corrupción responda a un ámbito amplio en el cual se encuentren previstos todos los poderes y entidades estatales y no solo algunas; así como que el bien jurídico pueda ser lesionado no solo por algunos funcionarios -entendidos desde el plano administrativo- sino por todos aquellos que efectivamente estén en capacidad de poner en peligro el funcionamiento legítimo y de calidad de la actuación del Estado.

En conclusión, la corrupción supone la vulneración de las obligaciones provenientes del buen gobierno.²¹ La actuación estatal no solo debe ser correcta y legal. También debe ser transparente, participativa, proba, sujeta a control con la finalidad última de ser un servicio de calidad para la satisfacción de los derechos de la ciudadanía. Afirmar que el bien jurídico es el buen gobierno permite consolidar la tesis de que el reproche penal de estas conductas radica no en la puesta en peligro de la institución per se, sino en la puesta en peligro del funcionamiento del aparato estatal en tanto esta puede suponer realmente la lesión de derechos fundamentales como consecuencia de los actos de corrupción. El desvalor de las conductas corruptas está en que es el funcionario público -el garante- el primer llamado y obligado a proteger los derechos y no a lesionarlos.

19 ROJAS, Verónica. El caos de la multiplicidad de los sistemas de responsabilidad disciplinaria. P.

20 MONTROYA VIVANCO, Yvan y otros. Op. Cit. pp.32-33.

21 PONCE SOLÉ, Juli. La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno). Institut de Dret Públic. Mayo 2013, p. 101.