

Reflexión sobre la criminalización del enriquecimiento ilícito en Brasil: un análisis de la legitimidad constitucional y dogmático penal del proyecto de ley 4850/2016¹

Reflection about the criminalization of illicit enrichment in Brazil: an analysis of the constitutional legitimacy and criminal dogmatic of the law project 4850/2016

Fecha de recepción: 11/09/2017- Fecha de aceptación: 09/05/2018

RAQUEL SCALCON y EMÍLIA GIULIANI²

Resumen

El presente artículo apunta a abordar críticamente la criminalización del enriquecimiento ilícito en Brasil, tomando por punto de partida la descripción típica propuesta en el Proyecto de Ley 4850/2016, actualmente en trámite legislativo, y sometiéndola al juicio constitucional de proporcionalidad y de la teoría del bien jurídico, a fin de escrutar la legitimidad de una criminalización en los moldes propuestos. Para ello, el estudio que aquí nos ocupa se divide en dos grandes partes. En la primera, se procura contextualizar el problema, presentándose el origen y la justificación del Proyecto de

1 Título original: "Repensando a criminalização do enriquecimento ilícito no brasil: uma análise da legitimidade constitucional e dogmático-penal do pl 4.850/2016". Traducción del portugués de Elisa Alemán, miembro del Semillero en Derecho penal, Universidad EAFIT. Estudiante Universidad EAFIT. Medellín, Colombia

2 Raquel Lima Scalcon es Doctora en Derecho de la Universidad Federal de Río Grande del Sur, donde también se graduó. Realizó una maestría en Ciencias Criminales de la Universidad Pontificia Católica de Río Grande del Sur. Profesora de la facultad de Derecho del Centro Universitario Ritter de los Reyes, Puerto Alegre, Brasil. Contacto: raquelscalcon@gmail.com. Becaria de la fundación Alexander von Humboldt para el período de investigación posdoctoral en la Humboldt Universität de Berlín, 2018. Emília Merlini Giuliani realizó una maestría y doctorado en Ciencias Criminales del Programa de Posgraduación en Ciencias Criminales de la Universidad Pontificia Católica de Río Grande del Sur. Doctoranda, en régimen de cotutela, de la Universidad Osnabrück, Alemania. Contacto: emiliamg@gmail.com.

Ley 4850/2016, así como la redacción propuesta para el tipo penal. En la segunda, se ahonda profusamente en los argumentos contrarios a su criminalización. Esta sección, por motivos metodológicos, fue subdividida en dos grupos: los argumentos trascendentes y los argumentos inmanentes al ordenamiento jurídico brasileño. De esta manera, la primera sub-sección se centra en el examen de los fundamentos de la criminalización del enriquecimiento ilícito con base en la experiencia legislativa extranjera, buscando comprender los obstáculos enfrentados y las eventuales soluciones esgrimidas – con especial atención a las lecciones que se desprenden del caso portugués. Posteriormente, se pasa a considerar los óbices de naturaleza constitucional y dogmático penal, específicamente al interior del orden jurídico brasileño. La discusión implica, por tanto, el examen de la propuesta legislativa desde el punto de vista constitucional, conforme al test de proporcionalidad. En un segundo momento, se prosigue con el análisis de la legitimidad de la criminalización a la luz de la teoría del bien jurídico, cuestionándose cuál sería la base material del delito, en el supuesto en que el tipo penal sea aprobado en los términos y contornos planteados en el Proyecto de Ley 4850/2016. Finalmente, se concluye la inviabilidad de dar por legítima y constitucional la tipificación del enriquecimiento ilícito en Brasil en tanto se mantenga la descripción sugerida en dicho instrumento jurídico.

Palabras clave

Enriquecimiento ilícito, legitimidad, bien jurídico, proyecto de ley, test proporcionalidad.

Abstract

This article aims to critically aboard the criminalization of illicit enrichment in Brazil, taking as a starting point the typical description proposed in the Law proyect 4850/2016, currently in legislative process, and subjecting it to constitutional trial of proportionality and the theory of “legally protected interest”, in order to scrutinize the legitimacy of a criminalization in the proposed molds. For this, the study that concerns us here is divided into two large parts. In the first one, we try to contextualize the problem, presenting the origin and the justification of the Law Project 4850/2016, as well as the proposed wording for the criminal type. In the second, it deepens profusely in the arguments against its criminalization. This section, for methodological reasons, was subdivided into two groups: the transcendent arguments and the arguments immanent to the Brazilian legal system. In this way, the first sub-section focuses on examining the foundations of the criminalization of illicit enrichment based on foreign legislative experience, seeking to understand the obstacles faced and the possible solutions put forward - with special attention to the lessons learned. they come from the Portuguese case. Subsequently, it goes on to consider the objections of

a constitutional and criminal dogmatic nature, specifically within the Brazilian legal order. The discussion implies, therefore, the examination of the legislative proposal from the constitutional point of view, according to the proportionality test. In a second moment, we continue with the analysis of the legitimacy of criminalization in light of the theory of the legal right, questioning what would be the material basis of the crime, assuming that the criminal type is approved in the terms and contours raised in the Law project 4850/2016. Finally, it is concluded that it is not feasible to legitimize and legitimize the classification of illicit enrichment in Brazil as long as the description suggested in legal instrument is maintained.

Keywords

illicit enrichment, legitimacy, bill, proportionality test, "legally protected interest".

Sumario

Introducción; 1. El Proyecto de Ley 4850/2016: origen, justificación y propuesta de redacción del tipo penal de "enriquecimiento ilícito"; 2. Examen de los argumentos contrarios a la criminalización del enriquecimiento ilícito; 2.1. Argumentos trascendentes al ordenamiento jurídico brasileño: lecciones de la experiencia legislativa extranjera. El caso portugués; 2.2. Argumentos inmanentes al ordenamiento jurídico brasileño; 2.2.1. Argumento de orden constitucional: violación a la proporcionalidad; 2.2.2. Argumento de orden dogmático-penal: consideraciones sobre las bases materiales del enriquecimiento ilícito; 2.2.2.1. Observaciones preliminares; 2.2.2.2. De las premisas relativas a la teoría del bien jurídico; 2.2.2.3. Acerca del bien jurídico tutelado en el delito de enriquecimiento ilícito; 2.2.2.4. Breves observaciones sobre la técnica de tutela; Bibliografía.

Introducción

La opción política de criminalizar el enriquecimiento ilícito representa una cuestión sumamente controvertida en el Brasil de hoy, donde se vive una especie de choque de discursos. De un lado, se defiende la medida como irrenunciable de cara a la prevención de la corrupción. Del otro, se sustenta su ilegitimidad con argumentos diversos. Inspiradas por la tensión que emana de tales extremos, las reflexiones que más adelante se explicitan persiguen verificar la viabilidad constitucional y dogmático-penal de la criminalización del enriquecimiento ilícito a la luz de los contornos típicos propuestos en el Proyecto de Ley 4850/2016.

Por ende, se trata de un estudio localizado, que no pretende sostener una posición final sobre la viabilidad de criminalizarse el enriquecimiento ilícito, sino sobre la posibilidad de llevarse a cabo una específica propuesta de criminalización.

De ahí que se quiera enfatizar desde ya que nuevos proyectos penalizadores, de diversa redacción típica, podrán eventualmente no ser objeto de las críticas que se exponen más adelante.

Dicho esto, se presenta la metodología seleccionada para examinar el problema y el plan de trabajo. Este estudio recurrió a la investigación doctrinaria y jurisprudencial, con especial atención a las reflexiones provenientes de Alemania, España, Portugal y del mismo Brasil. En lo que atañe al plan de trabajo, la primera sección del artículo introduce el tema y sitúa la discusión en el contexto del contenido del Proyecto de Ley 4850/2016. Por su parte, la segunda sección se dedica al análisis crítico de los contornos típicos propuestos en el mencionado proyecto, planteando dos tipos de argumentos contrarios a su viabilidad constitucional y dogmático penal, a saber: (a) argumentos trascendentes al ordenamiento jurídico brasileño y (b) argumentos inmanentes al mismo.

1. El proyecto de ley nº 4850/2016: origen, justificación y propuesta de redacción del tipo penal de “enriquecimiento ilícito”

La pretensión de criminalizar un vasto conjunto de conductas bajo la denominación de “enriquecimiento ilícito” no es propiamente una novedad del derecho penal brasileño. Desde el año 2005 se tramitan proyectos de ley que, dentro de otras medidas, la contemplan³. Transcurridos más de 10 años, hasta el día de hoy ninguna de las múltiples pretensiones legislativas ganó vida propia, tornándose en ley. La experiencia histórica parecería señalar que se trata, invariablemente, de ideas desprovistas de una real voluntad política de concreción, propuestas cuyo intento se resumiría en la mera voluntad de *seguir siendo simples propuestas*.

Hechos presentes, sin embargo, apuntan en sentido opuesto. Hay una posibilidad significativa de que ese nuevo tipo penal ingrese al ordenamiento jurídico brasileño. Tal como lo refiere Díez Ripollés, la probabilidad de una decisión final favorable en un proceso legislativo penal es tanto mayor cuanto más robusta sea la creencia en la existencia de una disfunción entre un problema social concreto y la correlativa respuesta (o su ausencia) del sistema jurídico penal⁴. De acuerdo con este racionamiento, que la creencia encuentre amparo en datos empíricos, constituye una cuestión secundaria. Sea la disfunción real o aparente, y sea la solución aportada

3 Ilustrativamente, consultar los siguientes Proyectos de ley de la Cámara de Diputados: PL 5586/2005, PL 3294/2015, PL 3389/2015, PL 2025/2015 y PL 1492/2015.

4 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 20 ss.

adecuada o no para hacerle frente, el factor decisivo para la aprobación (aunque no para su validez) de la medida legislativa es que ella represente una convicción segura y políticamente compartida.

El Proyecto de Ley 4850/2016 bien ilustra la elaboración teórica que se alude. Se trata de un proyecto de ley de "iniciativa popular"⁵, dirigido por el Ministerio Público Federal (órgano titular de la acción penal en Brasil), el cual obtuvo más de dos millones de firmas por parte de la ciudadanía brasileña⁶. Las propuestas plasmadas en la redacción original agrupan las llamadas "10 Medidas para Combatir la Corrupción", lema que dio nombre a la campaña lanzada por el referido Órgano ministerial con el propósito de modificar numerosas disposiciones del Código Penal y del Código del Proceso Penal⁷. Con amplia divulgación en las redes sociales, así como en el contexto de los movimientos de la Operación "Lava-Jato"⁸, que sucedieron casi a diario, la estrategia política funcionó perfectamente. Se consolidó así la creencia en una disfunción, real o ficticia (lo cual no hace parte del objeto de análisis del presente artículo) entre el fenómeno de la corrupción y los instrumentos jurídicos-

5 La Constitución Brasileña consagra tal mecanismo en el art. 61, inciso segundo, que dispone: "La iniciativa popular puede ser ejercida mediante la presentación a la Cámara de los Diputados de un proyecto de ley, suscrito, al menos, por el uno por ciento del electorado nacional, distribuido al menos en cinco Estados con no menos de tres décimas por ciento de los electores de cada uno de ellos".

6 Es interesante observar que, en relación con las leyes penales, hay una discusión aguda sobre la iniciativa popular en lo que atañe a su formulación. Mientras algunos sostienen que tales propuestas tendrían una legitimidad superior en razón de la proximidad a la idea de democracia directa, ya otros sostienen que las leyes penales deberían, justamente para tutelar la democracia, competir a expertos, mas no a la población en general. Sobre esta controversia, consúltese DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.59 ss; ZIMRING, Franklin; HAWKINS, Gordon; KAMIN, Sam. *Punishment and Democracy. Three Strikes and You're out in California*. Nova York: Oxford, 2001, p. 203 ss; y ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. En: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.). *Área de Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra* (ed. española). La insostenible situación del Derecho Penal. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 478 ss.

7 Ilustrativamente, consultar <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>> sitio web visitado el 8 de noviembre de 2016.

8 Se trata de la mayor investigación criminal sobre los delitos de corrupción y lavado de dinero de la historia de la justicia penal brasileña, involucrando desde figuras políticas del alto rango del Poder Legislativo y Ejecutivo, hasta directores de grandes empresas nacionales, así como agentes financieros de relieve. Los datos sobre la operación no dejan margen a la duda: fueron más de 1.434 procedimientos instaurados, 730 órdenes de búsqueda y captura concedidas, 79 prisiones preventivas y 103 prisiones temporales decretadas, 6 cárceles en flagrante homologadas, 131 solicitudes de cooperación internacional concedidas, 71 acuerdos de colaboración firmados, 57 denuncias contra más de 260 personas diferentes. Para más información, consulte <<http://lavajato.mpf.mp.br/lavajato/index.html>> Visto el 21 de febrero de 2017.

penales disponibles a su combate.

La criminalización del enriquecimiento ilícito sería, pues, solo una medida entre otras tantas, sugerida como necesaria para la superación de tal disfunción, lo cual se concluye tras una lectura atenta de la justificación brindada al mencionado proyecto de ley. En este sentido, en lo que sigue se busca discurrir de forma analítica sobre los objetivos pretendidos por los cambios legislativos planteados, así como los fundamentos presentados para ampararlos.

En lo que se refiere a los objetivos, se advierte una clara intención de erradicar la corrupción en el país en cualquiera de sus formas - pretensión que, por sí sola, ya suena inexequible, habida cuenta de la estructural selectividad del sistema penal⁹. Además, las nuevas formas de combate hacia tales actos ilícitos apuntarían a "hacer de la corrupción (...) una conducta de alto riesgo"¹⁰. Los fundamentos, a su vez, son básicamente de dos clases: una pragmática (razones de utilidad), y otra valorativa (o razones de justicia)¹¹.

El argumento pragmático residiría en las "ventajas prácticas" que la criminalización del enriquecimiento ilícito traería. Según se constata a partir de la lectura del proyecto, la discrepancia patrimonial sería "indicio de la comisión de dicho delito contra la administración pública", el cual, sin embargo, suele ser de difícil comprobación y, luego, de raro castigo¹². La criminalización del enriquecimiento ilícito sería un modo de "atajar" o "acortar" el camino; una especie de desviación

9 Como así también lo advierten Zaffaroni, Alagia y Slokar: "la criminalización primaria es un programa tan inmenso, que nunca y en ningún país se pretendió llevarlo a cabo en toda su extensión, y ni siquiera en parte considerable, porque es inimaginable" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 7).

10 Brasil. Cámara de Diputados. PL n° 4.850/2016, Proyecto Original, p. 35. Disponible en <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=502BAF9BD4CAE1914927730D37D61306.proposicoesWebExterno2?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016> Visto el 09 de noviembre de 2016.

11 Sobre la distinción entre "razón de justicia" (*rightness reason*) y "razón finalista/instrumental" (*goal reason*), consultar SUMMERS, Robert Samuel. Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification. *Cornell Law Review*, v. 63, n° 5, pp. 707-788, jun. 1978, p. 717 ss. Tal diferencia se asemeja a la conocida oposición postulada por Weber entre racionalidad teleológica (*Zweckrationalität*) y racionalidad axiológica (*Wertrationalität*) (WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Grundriss der verstehenden Soziologie, 5. ed. Reimp. Tübingen: J. C. B. Mohr, 2002. Originalmente publicado en 1922, pp. 12-13).

12 Brasil. Cámara de Diputados. PL n° 4.850/2016, Proyecto Original, pp. 33-4. Disponible en <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=502BAF9BD4CAE1914927730D37D61306.proposicoesWebExterno2?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016> Visto el 09 de noviembre de 2016.

frente a problemas de naturaleza probatoria.

El fundamento valorativo (desvalor del hecho) constante en la justificación, por su parte, puede bifurcarse en dos: (i) un desvalor “autónomo”, consustanciado en el hecho de que se trataría de un “actuar inmoral e ilegal del servidor público”, cuyo desvalor radicaría en la incoherencia patrimonial “no raramente oculta o disfrazada” de aquel que se encuentra “sujeto a reglas de escrutinio, transparencia y lisura”¹³; por un lado y por el otro, (ii) un desvalor por “derivación”, consustanciado en el hecho de que la supuesta conducta sería “prueba indirecta de corrupción”¹⁴, o incluso, de otros delitos contra la administración pública. Para los proponentes no habría aquí violación a la carga de la prueba, concerniendo exclusivamente a la acusación demostrar “la incompatibilidad de los bienes con las negociaciones lícitas del servidor”¹⁵.

Precisado este aspecto, se avanza hacia el tercer objetivo de la sección, cual es el de presentar, de modo breve, la propuesta inicial de redacción del tipo penal. Sin embargo, antes de proseguir, se hace la siguiente advertencia: las leyes amplias, vagas y poco claras suelen ser medios propicios para conjugar posiciones políticas muy distintas, hecho que, en el proceso de deliberación política, a veces es inevitable¹⁶. No obstante, en el ámbito penal tal fenómeno es grave, pues opera aumentando el arbitrio, dificultando por ende la identificación de la materia de la prohibición penal. Teniendo esto en cuenta, se procede entonces con la transcripción del tipo penal de enriquecimiento ilícito tal como originalmente se formuló en el Proyecto de Ley n° 4850/2016:

Art. 312-A, Código Penal. Adquirir, vender, prestar, alquilar, recibir, ceder, poseer, utilizar o usufructuar, de manera permanente, bienes, derechos o valores cuyo valor sea incompatible con los ingresos obtenidos por el servidor público, o por la persona que

13 Brasil. Cámara de Diputados. PL n° 4.850/2016, Proyecto Original, p. 34. Para un análisis de los posibles fundamentos del Proyecto en cuestión, véase GRECO, Luís. Reflexiones provisionales sobre el delito de enriquecimiento ilícito. *Boletín IBCCrim*, n. 277, Díez. 2015. Disponible en: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5670-Reflexes-provisorias-sobre-o-crime-de-enriquecimento-ilcito>. Fecha de acceso: 06.11.2016.

14 Brasil. Cámara de Diputados. PL n° 4.850/2016, Proyecto original, p. 34.

15 Brasil. Cámara de Diputados. PL n° 4.850/2016, Proyecto original, p. 35.

16 DELLEY, Jean-Daniel. Pensar la ley. Introducción a un pensamiento metódico. Traducido por Léo Noronha. Cuadernos de la Escuela del Legislativo, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, pp. 101-143, ene./jun. 2004, p. 119 y ENGEL, Christoph. The Constitutional Court – applying the proportionality principle – as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes, In: *Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie*. Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter. Bonn, 2001, p. 6. Disponible en <<http://papers.ssrn.com/abstract=296367>>.

se le equipare, en razón de su cargo, empleo, función pública o mandato electivo, o devengados por otro medio lícito: Pena - prisión de 3 (tres) a 8 (ocho años), y confiscación de los bienes, si el hecho no constituye delito sancionado con pena mayor.

Sobre el futuro que ha de depararle al proceso legislativo en cuestión, no es posible anticiparse. Realmente no se sabe si se logrará o no la construcción de consensos políticos mínimos que permitan la aprobación de la criminalización del enriquecimiento ilícito – así como la de las demás medidas-. Esto, de cualquier modo, no frustra la reflexión que aquí se desarrolla; por el contrario, su alto grado de inestabilidad demanda un aparato teórico más robusto, que ofrezca criterios fundamentados y seguros de cara a la necesidad de valoración, no solo en lo atinente a este proyecto, sino también en cualquier otro relacionado al tema. A juzgar por la experiencia, todo indica que tarde o temprano en este u otro proyecto de ley, la temática retornará a la mesa de las discusiones políticas; de ahí la conveniencia de permanecer alerta y de continuar con el debate acerca de la constitucionalidad y la viabilidad dogmático-penal de este delito.

2. Examen de los argumentos contrarios a la criminalización del enriquecimiento ilícito

2.1 Argumentos trascendentes al ordenamiento brasileño: lecciones de la experiencia legislativa extranjera. El caso portugués

El primer argumento contrario a la criminalización del enriquecimiento ilícito en Brasil, al menos en lo referido al alcance que se le confirió en función de su redacción típica, es de naturaleza trascendente al ordenamiento jurídico interno. Dicho de otro modo, no se trata de una razón construida a la luz de la interpretación de las normas que integran el marco jurídico brasileño, sino de una externa, proveniente de otro país y que justamente por eso, es limitada en su fuerza de convencimiento¹⁷. Se trata más precisamente de las lecciones que se desprenden de la experiencia portuguesa, un país que experimentó no sólo uno, sino dos intentos fallidos de penalización.

Pese entonces a que se intuyen desde ya las limitaciones de un argumento de tal índole, este no podría dejar de considerarse, pues el hecho es que el fracaso o éxito de una propuesta legislativa depende de incontables factores. La dimensión concreta de la experiencia, aun cuando se importe de otro país, sin duda sirve de

17 El término “argumento trascendente” se inspira en la propuesta de clasificación de argumentos en el razonamiento jurídico, formulada por Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto Bergmann. Argumentación jurídica y la inmunidad de los libros electrónicos. En: TORRES, Ricardo Lobo. Temas de interpretación del Derecho Tributario. Río de Janeiro, 2003, p. 116 ss)

indicador sobre cuán penosa o cuan amena puede ser la trayectoria de un nuevo impulso legislativo. De esta manera, los intentos frustrados de criminalización que han tenido lugar en otros ordenamientos jurídicos pueden apuntar a que el problema detectado trasciende el derecho interno y que será en consecuencia también aquí vivenciado.

Por lo dicho, se procede a continuación con la narración de la doble experiencia portuguesa en lo que se refiere a la criminalización del enriquecimiento ilícito. La primera de ellas data del año 2012, cuando tras aprobarse su penalización (Decreto n.º 37/XII), las dos normas contentivas de la conducta, una como delito especial y la otra como delito común, fueron sometidas a control preventivo de constitucionalidad a solicitud del presidente de la República¹⁸. En ese primer momento, el Tribunal portugués se pronunció sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones penales bajo escrutinio, especialmente por la ausencia, a la luz de la redacción de los tipos, de una clara y definida tutela de bienes jurídicos y por la inversión de la carga de la prueba con la consiguiente violación a la presunción de inocencia del acusado¹⁹.

En lo que concierne a la primera objeción, el Tribunal Constitucional portugués, reafirmando la premisa de que el Derecho Penal debe servir para la tutela subsidiaria de bienes jurídicos con relevancia constitucional, sostuvo que “si la finalidad es castigar, a través de la nueva incriminación, delitos anteriormente practicados y no esclarecidos procesalmente, generadores del enriquecimiento ilícito, entonces no hay un bien jurídico nítidamente definido (...)”²⁰. En lo que tiene que ver con el segundo reparo, relacionado con la positivización de la presunción de inocencia en el texto constitucional (art. 32, n.º 2), el Tribunal expuso que “la definición del enriquecimiento ilícito se encuentra estructuralmente configurada de tal forma que la no demostración de la licitud de la fuente de ingresos del

18 Tómesese la parcial redacción de los delitos de “Enriquecimiento ilícito” y “Enriquecimiento ilícito por funcionario” en los términos del Decreto n.º 37 / XII: Artículo 335.º-A, añadido al Código Penal. Enriquecimiento ilícito. 1. El que por sí o por interpuesta persona, singular o colectiva, adquiera, posea o detente patrimonio, sin origen lícito determinado, incompatible con sus ingresos y bienes legítimos, será castigado con pena de prisión de hasta tres años, si una pena más grave no le corresponde en virtud de otra disposición legal [...]; Artículo 386, añadido al Código Penal. Enriquecimiento ilícito por funcionario. 1. El funcionario que, durante el período de ejercicio de funciones públicas o en los tres años siguientes al cese de estas, por sí o por interpuesta persona, singular o colectiva, adquiera, posea o detente patrimonio, sin origen lícito determinado, incompatible con sus ingresos y bienes legítimos será castigado con pena de prisión de uno a cinco años, si pena más grave no le corresponde por fuerza de otra disposición legal [...].

19 PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugués, proceso n.º 182/2012, sentencia n.º 179/2012, magistrado ponente José da Cunha Barbosa, por mayoría. Publicado el 19-04-2012. Consúltese en <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>>.

20 PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugués, proceso n.º 182/2012, sentencia n.º 179/2012, p.14.

sujeto da lugar a la comprobación del delito; en este sentido, la duda conduciría indefectiblemente a la condena del acusado”.²¹

De ese modo, se declaró la inconstitucionalidad de los tipos delictivos sometidos a examen. No obstante, el legislador portugués aguardó tres años para tramitar una nueva propuesta de criminalización, en la cual empleó una denominación diferente, pues en lugar de hablar de enriquecimiento “ilícito”, prefirió esta vez el término de “injustificado”. La redacción típica, sin embargo, en esencia reproducía la anterior. De esta forma, con la aprobación del Decreto nº 369 / XII por la Asamblea de la República en el año 2015, los nuevos delitos se insertaron en el Código Penal (delito común) y en la Ley de Crímenes de Responsabilidad de los titulares de cargos públicos (delito especial)²².

La intención era inequívocamente la de revigorizar la política criminal gestada en el 2012, lo cual exigía la superación de las deficiencias señaladas por el Tribunal Constitucional en aquel entonces. Para ello, una de las medidas implementadas fue la de expresamente declinar los motivos que condujeron a la Asamblea de la República a la (re) creación de los delitos, así como la de enumerar los bienes jurídicos cuya protección se pretendía.

Fue así como se sostuvo que las conductas delictivas atentaban contra “la confianza en las instituciones y en el mercado, la transparencia, la probidad, la idoneidad sobre la proveniencia de las fuentes de ingresos y patrimonio, la equidad, la libre competencia y la igualdad de oportunidades”. Como se observa, a diferencia de lo ocurrido en la deliberación que tuvo lugar en el 2012, en esta ocasión el legislador, consciente de las dificultades que circunscribían la criminalización de la conducta, se preocupó especialmente por cumplir con los deberes de justificación e información²³.

21 PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugués, proceso nº 182/2012, sentencia nº 179/2012, p. 4.

22 Tómese la parcial redacción de los delitos en los términos del Decreto nº 369 / XII: Artículo 335 bis, añadido al Código Penal. Enriquecimiento injustificado. 1. El que por sí o por interpuesta persona, singular o colectiva, adquiera, posea o detente patrimonio incompatible con sus ingresos y bienes declarados o que deban ser declarados, será castigado con pena de prisión de hasta 3 años. [...]; Artículo 27 bis, añadido a la Ley 34/87. Enriquecimiento injustificado. 1. El titular de cargo político o de alto cargo público que durante el período del ejercicio de sus funciones públicas o en los tres años siguientes al cese de las mismas, por sí o por interpuesta persona, singular o colectiva, adquiera, posea o detente un patrimonio incompatible con sus ingresos y bienes declarados o que deban ser declarados, será castigado con una pena de prisión de hasta cinco años. [...].

23 Sobre (i) “el deber de dar razones”, (ii) “el deber de consultar a las partes interesadas” y (iii) “el deber de informar” dirigidos al legislador, ver VOERMANS, Wim. Quality of EU Legislation under Scrutiny: what kind of Problem, by what kind of Standards? In: MADER, Luzius; TAVARES DE ALMEIDA, Marta (Orgs.). Quality of Legislation. Principles and Instruments. Proceedings of the Ninth Congress of the

A pesar del intento por subsanar o eludir las objeciones en el pasado esgrimidas por el Tribunal Constitucional portugués, tales innovaciones legislativas fueron nuevamente sometidas a control de constitucionalidad (Sentencia nº 377 de 2015)²⁴, llegándose al reconocimiento de la responsabilidad presente en la postura del legislador en la medida en que brindó con mayor claridad las razones de su decisión, las cuales son de gran relevancia principalmente en lo que atañe a fines de interpretación histórica, puesto que auxilian en la identificación de la ponderación efectuada, permitiendo verificar si el empleo de la tutela penal era, de hecho, "indispensable [...] para la realización de un fin suficientemente valioso " y, por lo tanto, constitucionalmente justificado²⁵.

Si bien es cierto que el legislador se empeñó en legitimar su acto, aduciendo los supuestos bienes jurídicos protegidos, así como las razones de la intervención normativa, sería en últimas el Poder Judicial el que, simbólicamente, "homologara" esa manifestación, analizando si la misma se mostraba coherente con la redacción que finalmente le fue dada a los tipos delictivos²⁶. No sorprende, por tanto, el hecho de que el Tribunal Constitucional portugués haya decidido que, a pesar de las aclaraciones proporcionadas, resurgían los problemas identificados 3 años atrás.

Dicho de otro modo, no bastaba simplemente con que el legislador señalara cuáles bienes jurídicos en específico serían tutelados en razón de la criminalización de la conducta, sino que era además necesario que la fundamentación construida convenciera acerca de la idoneidad tanto de los bienes jurídicos cuya protección se pretendía como de la lesividad del comportamiento prohibido. Tal convencimiento, sin embargo, sólo podía obtenerse a partir de la reestructuración profunda del tipo delictivo, lo que, sin embargo, no se hizo. Una rápida lectura de las dos propuestas legislativas (y de las respectivas leyes expedidas por la Asamblea de la República) permite concluir que el único cambio sustancial realizado consistió en la exclusión de la expresión "sin origen lícito determinado", de manera que, en tanto subsistían los mismos problemas advertidos en la decisión anterior, el veredicto en consecuencia se mantuvo constante, declarándose una vez más la inconstitucionalidad de los

International Association of Legislation (IAL). Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 37.

24 PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugués, proceso nº 658/2015, sentencia nº 377/2015, magistrada ponente Maria Lúcia Amaral, por mayoría. Publicado el 12-08-2015. Consúltese en <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>>.

25 PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugués, proceso nº 658/2015, sentencia nº 377/2015, p. 12.

26 PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugués, proceso nº 658/2015, sentencia nº 377/2015, p. 3.

nuevos tipos penales.

Ahora bien, a la luz de la experiencia portuguesa, ¿cuáles podrían ser las lecciones para el caso brasileño? En primer lugar, se desprende la constatación sobre la gran dificultad que supone la redacción del tipo penal pretendido²⁷, de la mano con que es necesario comprender mejor qué se quiere prohibir y por qué. En segundo lugar, se observa que hay considerables problemas en lo tocante a la identificación del bien jurídico cuya salvaguarda se desea, lo que resulta, al menos en parte, de la ausencia de comprensión sobre la materia que se aspira a regular. En tercer lugar, se distingue la aparición de una controversia relevante atinente a la posibilidad de armonizar el elemento normativo del tipo "patrimonio incompatible" con la presunción de inocencia en el proceso penal. En cuarto y último lugar, se corrobora que existe intensa desconfianza frente a esta iniciativa penalizadora.

En virtud de lo expuesto, el argumento "trascendente", oriundo del derecho portugués, que se alza en contra de la criminalización del enriquecimiento ilícito en el ordenamiento jurídico brasileño puede sintetizarse de la siguiente manera: si el legislador portugués ha fracasado en dos ocasiones en superar los problemas mencionados, entonces es muy probable no solo que ellos se presenten también en el contexto brasileño sino que de la misma forma no puedan ser vencidos. Por lo anterior, la próxima sección estará dedicada al examen de tales dificultades de cara al ordenamiento jurídico brasileño y de la redacción propuesta para el nuevo tipo penal.

2.2 Argumentos inmanentes al ordenamiento jurídico brasileño

Los argumentos desarrollados a continuación, todos contrarios a la criminalización del enriquecimiento ilícito en Brasil, son inmanentes a su marco jurídico, es decir, se erigen con base en la interpretación de las normas que componen el ordenamiento brasileño, por lo que se les otorga mayor fuerza y preponderancia con relación al argumento anterior²⁸.

27 Muy común es la comprobación de serias dificultades en la construcción lingüística de los enunciados jurídicos, las cuales son fruto principalmente de la indeterminación general del lenguaje. Como bien lo advierte Summers, el Derecho sufre muchas veces de cierta "undraftability", o sea, de una incapacidad de descripción, reducción y proyección plena de determinadas situaciones concretas que se pretenden englobar en enunciados abstractos capaces de denotarlas. Al respecto consúltese SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*. Londres: Cornell University Press, 1982, p. 266.

28 El término "argumento inmanente" se inspira en la propuesta de clasificación de argumentos en el razonamiento jurídico, formulada por Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto Bergmann. Argumentación

2.2.1 Argumento de orden constitucional: violación a la proporcionalidad

Aunque la proporcionalidad como principio no conste expresamente en el texto constitucional, la idea de que un derecho fundamental no puede sufrir restricciones desproporcionadas es ampliamente aceptada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de innumerables países, incluyendo a Brasil²⁹. En particular, en el ámbito del derecho penal, la proporcionalidad, al lado de la teoría del bien jurídico, procura servir de instrumento para el control negativo de la actividad del legislador, fijando aquello que no puede ser criminalizado³⁰.

Por ende, el examen de proporcionalidad determina la constitucionalidad de las restricciones a derechos fundamentales realizadas por el Estado y justificadas en la pretendida promoción de ciertos fines u objetivos. Por su parte, la criminalización de una conducta acarrea justamente la restricción a un derecho fundamental –este es, el de libertad- amparada, en la supuesta tutela de un bien jurídico con relieve constitucional (su objetivo concreto).

Con ello, se tiene que el juicio de proporcionalidad, con relación a una propuesta criminalizadora, debe examinar: (i) si existe un fin constitucionalmente legítimo que desea fomentarse a partir de la introducción del nuevo tipo penal; (ii) si la criminalización sugerida es, en efecto, conducente a la realización de ese objetivo

jurídica y la inmunidad de los libros electrónicos, op. cit., p. 116 ss)

- 29 Con la globalización del derecho constitucional, se desarrolló una gramática común de criterios e instrumentos de valoración, siendo la proporcionalidad uno de los más aceptados y utilizados (véase KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 01). En el ámbito brasileño, puede evidenciarse que el Supremo Tribunal Federal hace mucho tiempo recurre-con apoyo de la doctrina- a la proporcionalidad. Ilustrativamente, remítase a las siguientes sentencias: STF, Tribunal Peno, 930-DF, magistrado ponente Rodrigues Alckmin, DJU de 02.09.1977; STF, Tribunal Pleno, RE 603.583, magistrado ponente Marco Aurélio, DJE de 25.05.2012 y STF, Tribunal Pleno, RE 418376, magistrado ponente Joaquim Barbosa DJE de 23.03.2007.
- 30 Sobre la discusión entre la proporcionalidad y la teoría del bien jurídico en cuanto métodos de control de la actividad del legislador en materia penal, consultar HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, *passim*. Sobre argumentos favorables frente al recurso a la proporcionalidad como táctica más eficaz de control negativo del legislador, ver BURCHARD, Christoph. El principio de la proporcionalidad en el “derecho penal constitucional” o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania. En: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. *Desarrollos actuales de las ciencias penales en Alemania*. Brasília: Gaceta jurídica 2013, p. 33 ss.; LIEBEN-STERNBERG, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. En: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 105 ss; BÖSE, Martin. Derechos fundamentales y Derecho penal como “derecho coactivo”. En: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 137 ss; BUNZEL, Michael. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información. En: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 147 ss.

concreto (adecuación); (iii) si ella es necesaria, lo que significa que no es posible concebir una manera distinta y menos gravosa de obtener el resultado práctico que se persigue (necesidad o, aún, subsidiariedad / última ratio del Derecho Penal)³¹ y por último, aunque las respuestas anteriores sean positivas, deberá determinarse adicionalmente (iv) si la medida implica un "costo" demasiado elevado para el tal vez timorato avance que su implementación lograría (proporcionalidad en sentido estricto)³².

Aclarado esto, es momento entonces de someter la propuesta de criminalización del enriquecimiento ilícito, en la redacción original del PL n° 4.850/2016, al juicio de proporcionalidad en sus distintas etapas. En lo que a la primera cuestión respecta, (i), lo que se constata es precisamente la ausencia de claridad del proyecto en cuanto a los objetivos pretendidos a partir de la criminalización sugerida. Esto, por sí solo, representa ya un problema significativo, debido a que, como bien sostenía Hannah Arendt, la justificación del uso de la violencia por parte del Estado (y una criminalización no es otra cosa más que eso) se considera tanto menos loable y aceptable, cuanto más inciertos y distantes sean los fines deseados³³.

Con algún esfuerzo, dos objetivos -no exactamente compatibles entre sí- pueden ser identificados. El primero de ellos se relaciona con el ya mencionado "desvalor por derivación" del enriquecimiento ilícito. Bajo esta hipótesis, el fin de la criminalización consistiría en castigar *indirectamente* delitos contra la administración pública que, de otro modo (por razones procesales, probatorias, etc.), probablemente quedarían "impunes". Es decir, se quiere combatir, mediante una nueva criminalización, conductas ilícitas ya practicadas por funcionarios públicos, pero cuya persecución penal no fue "exitosa". Por lo tanto, el aumento patrimonial requeriría, *en esta primera*

31 Sobre la necesidad penal (*Strafbedürfnis* ou *Strafbedürftigkeit*) o la última ratio del Derecho Penal, véase MADEIRA ANTUNES, Maria João da Silva Baila. La problemática penal y el Tribunal Constitucional. En: ALVES CORREIA, Fernando; MACHADO, Jónatas; LOUREIRO, João Carlos (Orgs.). Estudios en homenaje al profesor José Joaquim Gomes Canotilho. Vol. 1 (Boletín de la Facultad de Derecho de Coimbra – Studia Juridica 102). Coimbra: Coimbra Editorial, 2012, p. 102 e FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. El "derecho penal del bien jurídico" como principio jurídico-constitucional. En: XXV Años de jurisprudencia Constitucional portuguesa. Coloquio conmemorativo del XXV aniversario del Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editorial, 2009, p. 42 ss

32 Sobre los sub criterios de proporcionalidad, ver, en la doctrina alemana, KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*, op. cit., p. 08 ss; y en la doctrina brasileña, ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoría de los principios. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editorial, 2014, p. 205 ss y SILVA, Luís Virgílio Afonso. Lo proporcional y lo razonable. Revista de los Tribunales, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002, p. 2 ss.

33 ARENDT, Hannah. Sobre la violencia. 2. Ed. Traducido por André Duarte. Río de Janeiro: Civilización brasileña, 2010, p. 69.

interpretación, tener origen en un delito previo.

El segundo objetivo plausible a la luz de la redacción del tipo penal, se relaciona con el ya también mencionado "desvalor autónomo" del enriquecimiento ilícito. Bajo esta hipótesis, la pretensión concreta de la criminalización residiría en la tutela de los deberes de transparencia, de probidad y de justificación del patrimonio de aquel que sirve a la administración pública. Por lo tanto, el delito de enriquecimiento "ilícito", *en esta segunda interpretación*, estaría configurado aún cuando el acrecimiento patrimonial no tuviera un origen penalmente ilícito, bastando con que simplemente no presentase una causa determinable- es decir, fuese un enriquecimiento "injustificado"³⁴.

Ambos objetivos se reconocen a lo largo de la justificación del PL 4.850/2016, sin embargo, no pueden coexistir, pues demandan la existencia de diversos requisitos para la consumación del delito. Mientras que el primero de ellos exigiría la prueba de la práctica del delito anterior donde se hubiese originado el desvalor de la acción (elemento típico objetivo), el segundo conduce a un alcance mucho mayor del tipo penal, ya que, a través de la enunciación de un elemento normativo desprovisto de interpretación ("Injustificado"), se posibilita la punición del enriquecimiento sin que sea necesario que alguna infracción penal haya sido practicada previamente.

En el ámbito del Derecho Penal, donde se tiene como corolario la legalidad, la afirmación de Dworkin sobre que "somos gobernados por lo que los legisladores dijeron, no por lo que quisieron decir"³⁵ gana aún más fuerza. Así que por más que usualmente en Brasil se utilice la expresión "enriquecimiento ilícito" en alusión a la criminalización de dicha conducta, a partir de la lectura juiciosa de la redacción típica propuesta, es fácil concluir que el *nomen iuris* más adecuado sería enriquecimiento "injustificado", dado a que, en lo que se refiere a la redacción originalmente presentada en el PL 4.850 / 2016, la *ilicitud* de la causa del aumento patrimonial no constituye un elemento típico, bastando su ausencia, pues se habla sólo de "incompatibilidad" entre el patrimonio y las fuentes lícitas de renta conocidas, mas no de *fuentes ilícitas*

34 Las lecciones del derecho civil, especialmente del derecho restitutorio, pueden ser aquí de utilidad. El ordenamiento jurídico brasileño adoptó el principio de la conservación estática de los patrimonios, el cual exige que las migraciones patrimoniales sólo puedan ser justificadas a partir de la existencia de cierto acto o negocio jurídico. En su ausencia, tales modificaciones patrimoniales no tendrían una justificación, tratándose de un enriquecimiento sin causa; de ahí que esa asignación patrimonial en concreto no se considere válida y surja por consiguiente deber de restituir. Al respecto, consúltese MICHELON JÚNIOR, Cláudio. *Derecho restitutorio*. São Paulo: Revista de los Tribunales, 2006, p. 26-29 e 176-89.

35 DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritaria. En: KOH, Harol Hongju; SYLE, Ronald (Org.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 110.

de renta.

En consecuencia, el juicio de proporcionalidad hade proseguir con base en la premisa de que el delito bajo análisis posee un desvalor autónomo, en función de la pretensión de tutela de deberes de transparencia, de probidad y de justificación del patrimonio de aquel que sirve a la administración pública. A primera vista, tal fin se presenta constitucional. Ahora, que realmente contenga los requisitos necesarios para ser considerado un bien jurídico válido, es ya una cuestión cuya dilucidación implica el uso de parámetros dogmáticos que escapan de las herramientas proporcionadas por el test de proporcionalidad.

En lo que atañe al sub principio de *adecuación*, no parece posible rechazar la aptitud de la medida elegida en la promoción del fin deseado³⁶. Aunque la capacidad preventiva de las normas penales pueda cuestionarse seriamente, no hay como negar que, al menos en el plano simbólico, aquella pueda ejercer algún tipo de convencimiento en función de la amenaza punitiva. Cuán fuerte es ese poder de disuasión, es algo difícil de anticipar.

En cuanto a la *necesidad* de la medida enjuiciada, el resultado camina hacia el sentido opuesto. Es sumamente difícil argumentar que no existe manera diversa y menos gravosa de llevar cabo el fin propuesto. Incluso se puede ir más allá y sostener que medios suficientemente eficaces ya se encuentran a disposición, reduciéndose la cuestión a un apremio de uso pleno y adecuado de la legislación. Véase, ilustrativamente, lo que consagran las leyes nº 8.429 / 92 y nº 8.730 / 93. En lo que a la primera respecta, se califica como improbidad administrativa el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos de carrera o electos (artículo 9º),³⁷ previendo sanciones relevantes³⁸. La segunda, por su parte, no sólo obliga a

36 Merece atención el hecho de que Greco advierte que países con experiencia en la puesta en práctica de esta criminalización no muestran noticias positivas sobre su eficacia con relación a los fines trazados. (GRECO, Luís. Reflexiones provisionales sobre el delito de enriquecimiento ilícito. *Boletín IBCCrim*, n. 277, Díez. 2015. Disponible en: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5670-Reflexes-provisrias-sobre-o-crime-de-enriquecimento-ilcito>. Fecha de acceso: 06.11.2016).

37 Ley nº 8.429 / 92, art. 9: "Constituye acto de improbidad administrativa con la connotación de enriquecimiento ilícito obtener cualquier tipo de ventaja patrimonial indebida en razón del ejercicio del cargo, función, empleo o actividad en las entidades mencionadas en el art. 1º de esta ley, y notablemente: I a XII (...)".

38 Ley nº 8.429 / 92, art. 12, inc. I - en el supuesto del art. 9º, se establece como sanción: la pérdida de los bienes o valores añadidos ilícitamente al patrimonio, el resarcimiento integral del daño, cuando hubiere lugar, la privación de la función pública, la suspensión de los derechos políticos por 8 a 10 años, el pago de una multa civil de hasta tres veces el valor del aumento patrimonial y la prohibición de contratar con el poder público o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, aún por intermedio de una persona jurídica de la cual sea socio mayoritario, por el

la declaración de bienes, con referencia a las fuentes de ingresos, al momento de la posesión del cargo, empleo o función pública del poder ejecutivo, legislativo o judicial en el ámbito federal, sino que también hace imperativa la renovación del acto con cada movimiento financiero realizado, en tanto se mantenga la condición de servidor o de autoridad pública (artículo 1º).

Además, en el inciso séptimo del art. 1, la ley 8.730 / 93 autoriza al Tribunal de Cuentas de la Unión a exigir, en cualquier momento, la comprobación "de la legitimidad de la procedencia de los bienes y rentas sumados al patrimonio en el período correspondiente a la declaración". La no presentación, el retraso en la misma o la inexactitud dolosa de los datos suministrados pueden desencadenar diversas consecuencias: para algunos sujetos, constituirán delitos de responsabilidad (artículo 3, párrafo único, a); para otros, una infracción político-administrativa, delito funcional o falta grave disciplinaria, cuyas condenas van desde la pérdida del mandato, despido del cargo, exoneración del empleo o destitución de la función, hasta la inhabilitación, por un máximo de cinco años, para el ejercicio de nuevo mandato y de cualquier cargo, empleo o función pública (artículo 3, párrafo único, b).

Por consiguiente, cabía al legislador demostrar que la criminalización del enriquecimiento ilícito representaba una medida de necesidad insuperable, pudiendo recurrir para ello a datos empíricos, estudios sociológicos y dogmáticos, por ejemplo. Sin embargo, prefirió emplear una retórica sencilla y rasa, arguyendo sencillamente que la criminalización - así como las demás medidas contempladas en el PL 4.850 / 2016 - era fundamental para "poner fin" a la corrupción en Brasil y nada más. No satisfizo, por tanto, la carga argumentativa que le correspondía, por lo que es posible tachar de *innecesaria* la medida objeto de examen.

Finalmente, en lo atinente al examen de proporcionalidad *stricto sensu*, se defiende que los costos secundarios ocasionados con fundamento en la presente criminalización, serían en exceso elevados en razón de la apertura del tipo penal y, sobre todo, de la imprecisión de la idea de *incompatibilidad* entre "patrimonio" (en el sentido amplísimo del tipo) e "ingresos", pues es altamente probable que este delito abarque un sin número de situaciones absolutamente dispares entre sí en términos de gravedad, toda vez que el concepto de *incompatibilidad* hace alusión a una cuestión de grado, y no de todo o nada; de ahí que surja el interrogante acerca de cuál sería el nivel de incompatibilidad necesario.

¿Se está hablando de "señales exteriores de riqueza"³⁹, de "manifestaciones

plazo de 10 años.

39 La expresión puede ser encontrada en el artículo 7.º, n.º 1, de la Ley 14/87/M del 7 de diciembre (Régimen penal de la corrupción) el cual prevé la punición por el ilícito de "señales exteriores de

de fortuna⁴⁰ o de mera discrepancia entre los valores existentes y aquellos que se declaran, es decir, de una sutil diferencia matemática entre lo que se posee y aquello que *se podría* lógicamente *poseer*? Y si se adopta cualquiera de estos criterios, ¿podría afirmarse que se tiene a disposición un instrumento capaz de aclarar el contenido del elemento típico de "incompatibilidad"? ¿O se trataría, como sucede en algunos ámbitos de la literatura jurídica, de tan solo un juego de palabras de tamaño inexactitud?

La inexistencia, en la formulación del tipo penal bajo escrutinio, de características claras que permitan discernir conductas merecedoras de grados de desvalor significativamente diferentes, exigirá enormes esfuerzos correctivos por parte de la jurisprudencia y de la doctrina sobre aquellos puntos que el legislador acabó condensando de modo insatisfactorio en el tipo penal; lo cual tampoco nos parece una solución adecuada para una norma que de hecho ni siquiera es norma. Indicar con un mínimo de claridad cuál es la conducta proscrita en el tipo penal es precisamente lo que viabiliza la concreción de la función motivadora de la norma y, en última instancia, la pretendida tutela del bien jurídico.

La anticipación de los problemas que pueden derivarse de un proyecto de ley es, pues, un ejercicio orientado a la mejora técnica de una futura previsión legal, y que debe tomarse en serio durante el proceso legislativo, de manera que si se desea cumplir con la carga argumentativa exigida para la imposición de una sanción penal ante determinada conducta, se debe establecer un diálogo entre el legislador y la comunidad jurídica, de tal modo que los argumentos sean técnicamente contruidos, discutidos y, dado el caso, rebatidos.

2.2.2 Argumentos de orden dogmático-penal: consideraciones sobre las bases materiales del enriquecimiento ilícito

2.2.2.1 Observaciones preliminares

Múltiples argumentos de carácter material podrían desarrollarse en lo que sigue. El recurso a la experiencia extranjera con relación a la tipificación que nos ocupa, sería una fuente casi inagotable de nuevas visiones sobre las posibles formas típicas con las que la conducta del enriquecimiento ilícito pudiera arroparse, así como sobre los problemas correlativos a su aplicación. Sin embargo, por razones

riqueza" en la Región Administrativa Especial de Macau.

40 La expresión puede ser encontrada en la legislación fiscal portuguesa para fines de tributación por evaluación indiciaria del patrimonio (véase el informe de la Comisión para el desarrollo de la Reforma Fiscal de 1996, por la Ley n.º 30-G/2000, del 29 de septiembre, que se sumó a la Ley General Tributaria (LGT), a la línea d) de artículo 87.º y al artículo 89.º-A).

pragmáticas y de recorte, este estudio no promete más que un simple examen de las bases materiales del delito. Otras cuestiones dogmáticas igualmente importantes tendrán que esperar a una próxima oportunidad.

Un punto adicional que no logra ser abarcado en este artículo, pero que también ameritaría cuidadosa atención, se refiere a la compatibilidad del delito de enriquecimiento ilícito con el principio de la presunción de inocencia, puesto que hay sospechas que apuntan a su contrariedad, las cuales se agrupan especialmente entorno a la probable existencia de elementos típicos cuya satisfacción, en el caso concreto, se conformaría con la mera *ausencia* de comprobación del origen lícito del patrimonio excedente, de tal modo que la duda acabaría por conducir a la condena; quedando con ello la desconfianza y suposición fundada de que la introducción de un delito de "enriquecimiento ilícito" en el ordenamiento jurídico, en la medida en que se haya realizado sin la observancia de rigurosas precauciones en su construcción típica, puede implicar serias consecuencias a los corolarios de este principio. Semejante riesgo se muestra superlativo especialmente en el caso de que se confirme una casi "tipificación" de la inversión de la carga de la prueba, con efectos perniciosos respecto al derecho al silencio⁴¹.

2.2.2.2 De las premisas relativas a la teoría de bien jurídico

Se parte aquí del supuesto de que las consideraciones acerca del bien jurídico tutelado también son útiles para esclarecer el objeto de estudio. A pesar de las objeciones que puedan ser dirigidas actualmente en contra de esta teoría⁴², de las cuales se tiene pleno conocimiento, se cree que la misma todavía es capaz de aportar argumentos valiosos al control, sobre todo negativo, de la criminalización de conductas en el contexto de un Estado Democrático de Derecho⁴³.

41 Sobre este tema, consúltese: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. El delito de enriquecimiento ilícito en el Proyecto del Código Penal, de cara a la presunción de inocencia. *Tribunal Virtual*, Año 01, Edición n.º 01 (enero/febrero de 2013), p. 50-75 y FERNANDES GODINHO, Jorge A. Del delito de "riqueza injustificada" (artículo 28.º de la Ley n.º 11/2003 del 28 de julio). *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad de Macau*, Año XI, número 24, 2007, p. 17-49.

42 Sobre los argumentos favorables y contrarios a la teoría de bien jurídico en Alemania: SWOBODA, Sabine. Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 122, n. 1, jun. 2010. Para un panorama de los fundamentos tejidos y de las críticas recientemente hechas a la teoría del bien jurídico, sugerimos la lectura de HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

43 COSTA, Helena Regina Lobo da. Consideraciones sobre el estado actual de la teoría del bien jurídico a la luz del *harm principle*. En: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Derecho Penal como crítica de la*

La necesidad, que cuenta hoy con bastante aceptación, de justificar de modo racionalmente adecuado la imposición de una pena a un comportamiento proscrito, dimana de un marco de ideas que se remonta a tiempos iluministas y, en especial, a la concepción liberal del contrato social⁴⁴, bajo cuya perspectiva la restricción de la libertad individual encontraba legitimación en tanto fuera necesaria para asegurar la libertad del otro. Esta forma de pensar estableció la libertad personal como regla, dejando claro, desde luego, que existe un límite de naturaleza material a la prohibición de conductas⁴⁵.

Ante esta nueva configuración de pensamiento, un concepto de delito llanamente formal, no satisfacía las exigencias de legitimidad que demanda una criminalización, lo que acabó reclamando la postulación de un referente material. Este fundamento, externo al derecho positivo, tendría que vincular la noción de delito a un sustrato apto para contener el movimiento expansivo del derecho penal, en consonancia con su comprensión como herramienta de *última ratio* del Estado frente al control social de las conductas humanas lesivas.

Notable fuerza ganó la teoría del bien jurídico, que germinó precisamente en ese contexto donde el delito pasa de ser visto como el incumplimiento de un precepto moral o religioso, a entenderse como un fenómeno autónomo, consubstanciado en la lesividad que comporta el hecho a la sociedad⁴⁶. La noción de bien jurídico fue entonces propuesta en 1834 por Birnbaum como intento de superación de las limitaciones presentadas por la teoría de Feuerbach (delito como lesión a derechos subjetivos). En la práctica, sin embargo, aquella también se mostró tímida en su capacidad de establecer límites a las tipificaciones de conductas impuestas por el

pena: estudios en homenaje a Juarez Tavares por su aniversario septuagésimo, el 2 de septiembre de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. P. 133-149, p. 147.

- 44 LUZ, Yuri Corrêa da. *Entre bienes jurídicos y deberes normativos*: un estudio sobre los fundamentos del derecho penal contemporáneo. São Paulo: IBCCrim, 2013, p. 38 y ss.
- 45 D'AVILA, Fabio Roberto. Teoría del delito y la lesividad. El modelo del delito como ofensa al bien jurídico. En: D'AVILA, Fabio Roberto. *Lesividad en el Derecho Penal*. Escritos sobre la teoría del delito como ofensa a bienes jurídicos. Puerto alegre: Librería del abogado, 2009. P. 57-79, p. 59.
- 46 En las palabras de D'Avila, "En el período pre-iluminista, el ilícito penal se movía en una dimensión acentuadamente teleológica. El delito y el pecado se confundían. (...) La separación entre Estado e Iglesia implicó una idéntica separación de tareas y ámbitos de actuación (...) El contenido de voluntad expresado en una acción externa y concretado en un daño a la Nación era, pues, un fenómeno delictivo en su emergente comprensión laica " (D'AVILA, Fabio Roberto. Teoría del delito y la lesividad. El modelo del delito como ofensa al bien jurídico. En: D'AVILA, Fabio Roberto. *Lesividad en el Derecho Penal*. Escritos sobre la teoría del delito como ofensa a bienes jurídicos. Puerto alegre: Librería del abogado, 2009. P. 57-79, p. 60).

Estado bajo la influencia entonces dominante del positivismo⁴⁷.

Con la intención de proporcionar un referente trascendente al ordenamiento jurídico como límite material a la actividad incriminadora del legislador, la teoría del bien jurídico fue, principalmente a finales del siglo XIX, objeto de sucesivas elaboraciones teóricas, en particular en suelo alemán, aunque no únicamente⁴⁸. A pesar de las dificultades encontradas en su camino, la noción de bien jurídico viene acompañando desde entonces la teoría del delito alemán y ha sentado las bases para el desarrollo del derecho penal alemán moderno⁴⁹, influyendo, además, en la producción intelectual jurídica tanto a nivel académico como jurisprudencial de otros países.

Considerando el grado de influencia que tal doctrina alcanzó en la ciencia jurídico-penal brasileña⁵⁰, así como que ella proporciona una vía relativamente sólida de demarcación de las fronteras de lo que es legítimo o no prohibir bajo amenaza de sanción penal, se defiende que el análisis que a continuación se desarrolla reviste gran utilidad y fortalece el nivel de la exigencia necesaria para fundamentar la restricción a la libertad individual. No obstante, el examen sobre el bien jurídico tutelado en determinada norma penal, presupone la aclaración de lo que ha entenderse como tal.

Al respecto, resulta valiosa la propuesta de Greco, la cual, al englobar elementos presentes en otras definiciones corrientes en la literatura alemana, bien acierta en capturar la esencia de tan compleja y controvertida noción. Para el autor, los bienes jurídicos son "datos fundamentales para la realización personal de los individuos o para la subsistencia del sistema social en los límites de un orden constitucional"⁵¹. De ello se extraen dos importantes conclusiones: para ostentar la calidad de *jurídico*, (a) el bien debe ser en una realidad y no apenas un ideal y (b) se requiere además que se considere sustancial para el ser humano y para la vida en sociedad.

La presencia de estos dos elementos garantiza que el bien jurídico sea suscep-

47 SWOBODA, Sabine. Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 122, n. 1, jun. 2010, p. 26 y ss.

48 Para una profundización sobre la concepción del modelo de delito como ofensa a bienes jurídicos en la doctrina italiana, v. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constitución y selección de los bienes jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciencia Criminal*, Lisboa, año 4, abr.-jun. 1994, p. 151-198.

49 HÖRNLE, TATJANA. Offensive Behavior and German Penal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 5, No. 1 (Abril 2001), pp. 255-278, p. 256.

50 GRECO, LUÍS. "Principio de lesividad" y delitos de peligro abstracto – Una introducción al debate sobre el bien jurídico y las estructuras del delito. *Revista Brasileña de Ciencias Criminales*. Año 12, n. 49, jul.-ago. 2004, p. 89-147.

51 GRECO, LUÍS. "Principio de lesividad" y delitos de peligro abstracto – Una introducción al debate sobre el bien jurídico y las estructuras del delito. *Revista Brasileña de Ciencias Criminales*. Año 12, n. 49, jul.-ago. 2004, p. 89-147.

tible de violación por acciones u omisiones humanas, es decir, que sea vulnerable en mayor o menor medida a alteraciones. Es menester recalcar que de ello no se deriva ninguna exigencia de que el bien sea corpóreo, aunque tal característica obviamente facilita su identificación. Además, para que el bien sea considerado jurídico, debe ser esencial, fundamental para una persona en particular o para diversas personas consideradas en sí mismas, o aún para el funcionamiento y mantenimiento de las condiciones que permiten la vida en sociedad.

Dilucidadas estas premisas, se prosigue con su aplicación en lo que a la propuesta legislativa brasileña de criminalización del enriquecimiento ilícito respecta. Se indaga precisamente: (i) si efectivamente existe un bien jurídico tutelado en el delito de enriquecimiento ilícito y (ii) en qué consiste la técnica de tutela seleccionada para el cumplimiento del objetivo delineado.

2.2.2.3 *Acerca del bien jurídico tutelado en el delito de enriquecimiento ilícito*

El primer paso lógico en la verificación de la legitimidad de la criminalización de una conducta tipificada como enriquecimiento ilícito estriba en la indagación acerca del bien jurídico cuya protección se pretende. En otras palabras, la primera cuestión que surge se refiere a si el "comportamiento" de enriquecimiento ilícito representa un menoscabo o un riesgo para algún bien imprescindible para el ser humano o para la vida en sociedad.

Para responder a esta pregunta, se estima indispensable reparar en algunos aspectos relativos a los esfuerzos de criminalización de la conducta en Brasil. Primeramente, ha de recordarse que el país suscribió tanto la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁵², como la Convención Interamericana contra la Corrupción⁵³, instrumentos internacionales que impulsaron a los Estados Partes

52 La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en el 2003 en Mérida, fue incorporada al ordenamiento jurídico brasileño a través del Decreto 5.687 de 2006. El dispositivo mencionado consagra lo siguiente: "Artículo 20. Enriquecimiento ilícito - Con sujeción a su Constitución y a los principios de fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otro tipo, que sean necesarias para calificar como delito el enriquecimiento ilícito, cuando sea cometido intencionalmente, consistente en el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público con relación a sus ingresos legítimos que no pueden ser razonablemente justificados por él". De la redacción del artículo aludido, se concluye que la obligación asumida no fue la de criminalizar, sino la de considerar la posibilidad de hacerlo, atendiendo a las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico y esto aún si el hecho es practicado en el contexto transnacional; característica que no consta en el proyecto de ley analizado.

53 La Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en 1996, fue incorporada por medio del Decreto 4.410 / 2002, la cual dispone en su artículo IX lo siguiente: "Enriquecimiento ilícito - Sin perjuicio de su Constitución y de los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico,

la obligación de, al menos, contemplar la posibilidad de insertar en su ordenamiento jurídico, el delito de enriquecimiento ilícito. Esta circunstancia se menciona expresamente en la justificación del PL 4.850 / 2016, lo cual quiere decir que el propósito de cumplir con las obligaciones asumidas internacionalmente con miras a la eliminación de la corrupción, se aduce como una de las motivaciones determinantes del impulso legislativo en comento.

En segundo lugar, como ya se ha señalado, el proyecto fue elaborado y promovido por el Ministerio Público Federal, de la mano con otras propuestas, bajo el lema "Diez Medidas contra la Corrupción". En tercer lugar, la redacción atribuida al PL 4.850 / 2016 establece que la imposición de la pena por la práctica del delito de enriquecimiento ilícito sólo tendría lugar "si el hecho no constituye delito sancionado con pena mayor", lo cual excluye el castigo que se le impone a la conducta en función de su adecuación al tipo, siempre que esta pueda subsumirse en un delito de mayor gravedad, de modo que se estaría evitando un *bis in idem*.

Sin embargo, a pesar de la salvedad, la redacción típica presentada en el proyecto de ley no circunscribe la configuración del enriquecimiento ilícito a casos en que sea constatable la práctica anterior de actos de corrupción o de cualquier otro delito previo. Es decir, no exige siquiera que el patrimonio discrepante sea fruto de una *infracción penal* antecedente, como ocurre en el caso del delito de lavado de dinero, dejando margen para una interpretación amplia del tipo penal que incluya fuentes patrimoniales no *estrictamente ilícitas*.

Además, es digno de anotarse que el Código Penal brasileño utiliza, como criterio de ordenación sistemática de los delitos allí previstos, el bien jurídico vulnerado por las conductas consagradas en cada sección⁵⁴. Por un lado, esto facilita, desde un punto de vista práctico, la organización y coherencia interna del Código Penal. Así, los delitos contra la vida se encuentran agrupados en un mismo capítulo, los delitos contra el patrimonio, en otro y así sucesivamente. Por otro, ayuda en la interpretación de los mismos tipos penales, ya que la determinación clara del bien jurídico tutelado permite la fácil verificación de la vulneración en el caso concreto, incluso en los

los Estados Partes que aún no lo hayan hecho, adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delito en su legislación el aumento del patrimonio de un funcionario público que exceda de modo significativo su renta legítima durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente. Entre los Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención. El Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito prestará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención con relación a este delito en la medida en que lo permitan sus leyes".

54 AMELUNG, Knut. El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 230.

casos de delitos considerados pluriofensivos, tales como el latrocinio y la extorsión mediante secuestro.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la ordenación sistemática de los delitos en el Código Penal no extingue las posibilidades de análisis de un tipo penal en concreto, pese a que se ofrezca un criterio formal explícito para que, al menos en un primer momento, se comprenda cuál es el contenido material del injusto. Cabe señalar que lo anterior de ningún modo pone a salvo un delito eventualmente mal clasificado ni tampoco lo exime de ser sometido a un análisis material más riguroso, siendo imperativo que todo control se efectúe por medio de un análisis que tome en consideración el sustrato fáctico del delito.

En el caso bajo examen, se tiene que el PL 4.850 / 2016 propone la incorporación del enriquecimiento ilícito en el Capítulo I del Título XI del Código Penal brasileño, cual es la sección destinada a los delitos cometidos por un funcionario público contra la Administración Pública, al lado de conductas delictivas como la corrupción pasiva, el peculado y la concusión. Esto permite concluir, inicialmente, que el legislador *concibe* la conducta como ofensiva de este bien jurídico⁵⁵. La justificación que acompaña a la propuesta legislativa asimismo plantea en diversos pasajes un juicio de desvalor consistente en la probable conexión del enriquecimiento ilícito con otros delitos cometidos en detrimento de ese mismo bien jurídico, lo que, sumado a su clasificación como delito especial, permite inferir que desde la óptica del legislador se asevera que habría allí una ofensa al funcionamiento de la Administración Pública⁵⁶.

Con todo, a pesar de la consideración de los argumentos ofrecidos en el PL 4.850 / 2016, así como de la previsión de que la conducta no se sujetaría al castigo previsto si ella constituye delito sancionado con pena mayor, es menester cuestionar si el enriquecimiento ilícito no sería tan solo un delito subsidiario, una especie de "red de seguridad" para garantizar la punición de otro hecho delictivo - la propia corrupción. Y, de ser ese el caso, queda por determinar si dicha subsidiariedad se agota en sí misma, es decir, si en última instancia la configuración de este delito *no depende* de una ofensa propia, representando apenas un atajo conveniente para remediar problemas de persecución o criminalización secundaria advertidos en el ámbito de

55 En el mismo sentido, véase GRECO, Luís. Reflexiones provisionales sobre el delito de enriquecimiento ilícito. *Boletín IBCCrim*, n. 277, Diez. 2015. Disponible en: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5670-Reflexes-provisorias-sobre-o-crime-de-enriquecimento-ilcito>. Fecha de acceso: 06.11.2016.

56 BRASIL. Cámara de Diputados. PL nº 4.850/2016, Proyecto original, pp. 32 ss. Disponible en http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=502BAF9BD4CAE1914927730D37D61306.proposicoesWebExterno2?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016. Fecha de acceso: 9 nov. 2016.

aplicación de otro delito⁵⁷. Bajo esta hipótesis, el hecho de que la conducta descrita en el tipo penal de "enriquecimiento ilícito" no constituya, en efecto, una violación al bien jurídico Administración Pública, lo haría incompatible con los principios de un Estado Democrático de Derecho, al comportar una restricción constitucionalmente ilegítima de la libertad individual.

La cuestión que se plantea en el párrafo anterior desemboca a su vez en una peligrosa incertidumbre, la cual supone un obstáculo a la hora de interpretar el enriquecimiento ilícito en los moldes propuestos: al final, ¿la no punición de la conducta en los términos del delito de enriquecimiento ilícito quedaría circunscrita a los casos en que la otra infracción penal atente contra el mismo bien jurídico (Administración Pública)? o, por el contrario, ¿incluiría la realización de cualquier otro delito cuya pena en abstracto sea simplemente superior? Una solución definitiva a este interrogante no puede en el momento brindarse dada la ausencia de parámetros que orienten adecuadamente su construcción.

En particular, la segunda interpretación postulada emana de una lectura estrictamente literal del proyecto de ley, la cual, de ser adoptada, generaría el riesgo de desencadenar una típica inconsistencia, en la medida en que llevaría a creer que la criminalización del enriquecimiento en sí no está amparada en una ofensa a un bien jurídico determinable, lo que, a su vez, haría tal ilícito materialmente vacío.

A pesar de las dudas remanentes -que se derivan principalmente del actual "diseño" conferido al prototipo penal - se cree que es posible vislumbrar la Administración Pública como bien jurídico cuya tutela se procura⁵⁸. En efecto, la

57 Lo que, de ser el caso, se enfrenta también con objeciones de otra clase, conforme lo subraya Greco: "En síntesis: el argumento pragmático de la facilidad probatoria entra en pugna con principios fundamentales del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, a saber, el principio de la culpabilidad y de la presunción de inocencia. Es, como máximo, un argumento secundario, que no merece el lugar destacado que la propuesta del Ministerio Público Federal le confiere". (GRECO, Luís. Reflexiones provisionales sobre el delito de enriquecimiento ilícito. *Boletín IBCCrim*, n. 277, Diez. 2015. Disponible en: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5670-Reflexes-provisrias-sobre-o-crime-de-enriquecimento-ilcito>. Fecha de acceso: 06.11.2016). En el sentido opuesto, véase PANOIRO, José Maria. El delito de enriquecimiento ilícito como estrategia de combate contra la corrupción: consideraciones, críticas y reflexiones político-criminales, 2016, p. 11 ss. Disponible en <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/crime-de-enriquecimento-ilcito-jose-paneiro.pdf>>

58 De forma similar en el derecho portugués, véase PEREIRA, João Pedro Gomes. *El delito de enriquecimiento ilícito*. Los problemas de formulación. Disertación. Universidad Católica Portuguesa. Escuela de Lisboa 84f., 2011, p. 44 y ss. En el contexto brasileño, GRECO, Luís. Reflexiones provisionales sobre el delito de enriquecimiento ilícito. *Boletín IBCCrim*, n. 277, Diez. 2015. Disponible en: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5670-Reflexes-provisrias-sobre-o-crime-de-enriquecimento-ilcito>. Fecha de acceso: 06.11.2016. y PANOIRO, José Maria. El delito de enriquecimiento ilícito como estrategia de combate contra la corrupción: consideraciones, críticas y reflexiones político-criminales, 2016,

Administración Pública hace mucho tiempo es reconocida como un auténtico bien jurídico en virtud de la innegable posición central que ocupa en la organización y funcionamiento del Estado y de su carácter de imprescindibilidad con relación a la vida comunitaria. Tales características permiten confirmar un real interés en la continuación de su correcta operación. De cualquier forma, se enfatiza en que la delimitación del tipo penal debería resultar inequívoca no sólo frente a la identificación del bien jurídico que desea proteger, sino en cuanto al cómo y por qué. Sin embargo, dichas exigencias no se cumplen en el caso del PL 4.850 / 2016.

2.2.2.4 Breves consideraciones sobre la técnica de tutela

En efecto, a pesar de ser posible, aunque no sin ningún esfuerzo, entrever el bien jurídico que el legislador pretende salvaguardar a través de la proscripción de esta conducta, no queda claro tampoco en qué consiste la ofensa que se desea evitar por medio de la criminalización propuesta, lo que plantea problemas en cuanto a la determinación de la técnica de tutela más adecuada para el despliegue de dicha protección⁵⁹. Que la Administración Pública queda lesionada o de algún modo en peligro ante la práctica de delitos como los de corrupción pasiva o concusión, por ejemplo, es bastante evidente, teniendo en cuenta la inequívoca y directa relación entre la conducta realizada por el funcionario público y el perjuicio causado al funcionamiento de la Administración Pública: la captación de una ventaja patrimonial como contraprestación por un servicio particular contraría indudablemente los intereses de los ciudadanos, en conjunto considerados, y menoscaba el funcionamiento de la institución, la cual debería operar bajo principios de igualdad y transparencia⁶⁰. Hay, pues, en tales conductas, al menos un visible nexo entre el

p. 22 ss. Disponible en <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/crime-de-enriquecimento-ilicito-jose-panoero.pdf>>

59 D'AVILA, FABIO ROBERTO. Lesividad y el ilícito penal ambiental. En: _____ *Lesividad en el Derecho Penal*. Escritos sobre la teoría del delito como ofensa a bienes jurídicos. Puerto Alegre. Librería del abogado, 2009, p. 105-127.

60 Al analizar el delito de prevaricato en el contexto alemán, donde se considera también un delito contra la Administración Pública, Amelung bien explica que la norma que lo consagra protege "procesos sociales, es decir, cadenas de conductas de distintas personas interrelacionadas que se organizan mediante reglas para alcanzar un objetivo (...). El daño que el delito causa a un proceso social consiste en el fracaso de su propósito en razón de un cambio de sentido, como ocurre cuando, por ejemplo, no se alcanza un veredicto adecuado por culpa de un perjurio "(AMELUNG, Knut. El concepto de "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. En: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*, op. cit., pág. 245).

acto tipificado y la ofensa al bien jurídico tutelado, algo que no se refleja de igual modo en la propuesta de criminalización contenida en el proyecto de ley en cuestión.

Lejos está de ser identificable de qué modo el acto de poseer o usufructuar bienes, derechos y valores, para citar sólo dos de los verbos nucleares contenidos en la redacción del tipo penal de enriquecimiento ilícito, crea, autónoma y automáticamente, una lesión o un peligro de lesión a la Administración Pública. Parece que, de momento, todo lo que la formulación del tipo penal logra es describir una situación moralmente cuestionable, y no una efectiva conducta humana voluntaria que ponga en riesgo o afecte el funcionamiento del supuesto bien jurídico protegido.

Si acogemos un criterio únicamente formal, sería posible deducir, que ante el corte dado al tipo penal en el PL 4.850 / 2016, el legislador pretendió delinear allí un delito de peligro abstracto. Manifiesto es, por tal vía de raciocinio, que no se trata de un delito de peligro concreto, toda vez que en el ordenamiento jurídico brasileño el legislador tiene por hábito dejar claro cuando se trata de un delito de puesta concreta en peligro a través de la inclusión de las palabras *peligro* o *riesgo* en el tipo penal, esto es, transformando la condición de peligro en un elemento típico⁶¹.

El legislador tampoco parece dar forma a un resultado que comprenda el efectivo menoscabo al bien jurídico, ya que no incluye en el tipo penal el daño que deba ser ocasionado por la conducta tipificada para que el delito se considere consumado, como sí lo hace con relación a los delitos contra la vida (*v.g.* homicidio), contra la integridad corporal (*v.g.* lesión corporal), contra la libertad personal (*v.g.* secuestro) o incluso contra el honor (*v.g.* calumnia). En el PL 4.850 / 2017, en cambio, se describe apenas un comportamiento a ser evitado de manera tal que la existencia de un peligro para la Administración Pública como consecuencia del enriquecimiento ilícito bastó de motivación legislativa para la propuesta de criminalización del hecho, por lo cual no sería necesaria, al menos a los ojos del legislador, la generación de un daño efectivo al bien jurídico para que el delito se entienda consumado.

Sin embargo, pese a que un criterio meramente formal puede auxiliar en la interpretación del delito, no es en sí suficiente para operar críticamente con relación al contenido de la norma penal. Se cree que, aunque sea posible por la vía formal extraer de la redacción conferida al tipo, la técnica de la tutela *pretendida* por el legislador, esto no proporciona una medida sustantiva de análisis del contenido de la norma⁶², ni tampoco corrige la falta de precisión detectada en la descripción de

61 Tómesese como ejemplo los delitos previstos en los artículos 136 (delito de malos tratos) y 250 (delito de incendio) del Código Penal Brasileño.

62 D'AVILA, FABIO ROBERTO. Lesividad y delitos omisivos propios. (Contribución a la comprensión del delito

la conducta a evitar. Este defecto, por otra parte, impide que se avance, en este escrito, hacia consideraciones más concretas acerca del grado de lesividad de la conducta que se desea tipificar. Además, la discusión sobre los delitos de peligro abstracto y, en particular, de su aparente mayor designación a la tutela de bienes jurídicos supra individuales -como la Administración Pública- es compleja y no podrá ser adecuadamente abordada en este artículo en atención a su extensión⁶³.

En consideración de lo que fue desarrollado en la sección anterior, lo que sí parece posible es sugerir que el tipo penal de enriquecimiento ilícito se construya sobre la noción de daño. En vista de la preocupación existente no sólo en Brasil, sino en otros países con respecto a la integridad del funcionamiento de la Administración Pública, se piensa, en tesis, viable – una vez se solventen los tantos otros aspectos problemáticos ya apuntados - elaborar un ilícito-típico legítimo a partir de la noción de daño a tal bien jurídico. En qué términos exactos se haría, todavía no resulta claro.

Finalmente, se plasma una última observación crítica sobre la potencial redacción del tipo. El enriquecimiento ilícito, tal como se describe en el Proyecto de Ley nº 4850/2016, configura un delito especial, es decir, únicamente susceptible de cometerse por quien ostente la calidad de *servidor público* o la persona que se le equipare, exceptuando los casos de coautoría y participación⁶⁴. En este punto es clave destacar el infortunio que representa la expresión escogida por el redactor del proyecto para designar la calidad elemental que debe revestir el autor del hecho delictivo: servidor público, ya que la figura consagrada a lo largo del Código Penal brasileño para situaciones similares es de "funcionario público", no de "servidor público".

Esta incoherencia interna es relevante en la medida en que se espera incluir el nuevo tipo penal en el Capítulo I del Título IX, precisamente en la sección destinada a los delitos cometidos por un *funcionario público* contra la Administración. Al final de la misma, aparece un artículo específicamente alusivo a los delitos allí previstos que contiene la referencia no sólo de "funcionario público", sino también de "las personas que se consideran, para fines penales, a él equiparadas"⁶⁵. Por

como ofensa al bien jurídico). Coimbra: Coimbra Editorial, 2005, p. 104-105.

63 Sobre este punto, v. HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Anales de derecho*. Universidad de Murcia, número 19, p. 147-158, 2001 y , GRECO, Luís. "Principio de lesividad" y delitos de peligro abstracto – Una introducción al debate sobre el bien jurídico y las estructuras del delito. *Revista Brasileña de Ciencias Criminales*. Año 12, n. 49, jul.-ago. 2004, p. 89-147, p. 122.

64 El artículo 30 del Código Penal brasileño dispone: "Art. 30 – No se comunican las circunstancias y las condiciones de carácter personal, salvo cuando sean elementos constitutivos del delito".

65 Este artículo, que incluso contiene una causal de aumento de la pena, la cual cubre la totalidad de delitos consagrados en esa sección, tiene la siguiente redacción: "Art. 327- Se considera funcionario

consiguiente, la incongruencia que se advierte, es como mínimo, otro indicador de la carencia de diligencia en la elaboración del proyecto. El cuidado que ha de guardarse en el encuadre sistemático de un nuevo delito al interior del Código Penal, debe realmente ser tomado en serio con miras a evitar futuros graves problemas de aplicación del dispositivo penal, debido a la ausencia de técnica adecuada en su formulación legislativa.

Conclusión

Ante los argumentos ofrecidos a lo largo de este estudio, se concluye que, por la forma en que está estructurado el tipo penal de enriquecimiento ilícito en el PL 4.850 / 2016, su criminalización no sería legítima desde un punto de vista constitucional y dogmático-penal. Sin embargo, la materia, por su inherente complejidad, merece recibir tratamiento aún más profundo y detenido, previo a cualquier toma de partido que la condene a la absoluta inviabilidad independientemente de su redacción típica.

Bibliografía

- ALBRECHT, PETER-ALEXIS. El derecho penal en la intervención de la política populista. En: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.). Área de Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra (ed. española). La insostenible situación del Derecho Penal. Granada: Editorial Comares, 2000.
- ARENDE, HANNAH. *Sobre la violencia*. 2. Ed. Traducido por André Duarte. Río de Janeiro: Civilización brasileña, 2010.
- AVILA, HUMBERTO BERGMANN. Argumentación jurídica y la inmunidad de los libros electrónicos. En: TORRES, Ricardo Lobo. Temas de interpretación del Derecho Tributario. Río de Janeiro, 2003.
- _____. Teoría de los Principios. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BADARÓ, GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHI. El delito de enriquecimiento ilícito en el Proyecto del Código Penal, de cara a la presunción de inocencia. *Tribunal Virtual*, Año 01, Edición n.º 01 (enero/febrero de 2013), p. 50-75.
- BLANCO CORDERO, ISIDORO. El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional

público, para efectos penales, quien, aunque transitoriamente o sin remuneración, ejerza cargo, empleo o función pública. § 1.- Se equipara a un funcionario público quien ejerza cargo, empleo o función en entidad paraestatal, y quien trabaje para empresa prestadora de servicio contratada para la ejecución de una actividad típica de la Administración Pública. § 2º.- La pena será aumentada en la tercera parte cuando los autores de los delitos previstos en este Capítulo ocupen cargos en comisión o de función de dirección o asesoramiento de un órgano de la administración directa, sociedad de economía mixta, empresa pública o fundación instituida por el poder público".

portugués. *Revista electrónica de la AIDP* (ISSN 1993-2995), 2013. Disponible en: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/42235/1/2013_Blanco_ReAIDP.pdf>. Fecha de acceso: 18.11.2016.

BÖSE, MARTIN. Derechos fundamentales y Derecho penal como “derecho coactivo”. En: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

BUNZEL, MICHAEL. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información. En: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

BURCHARD, CHRISTOPH. El principio de la proporcionalidad en el “derecho penal constitucional” o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania. En: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. *Desarrollos actuales de las ciencias penales en Alemania*. Brasilia: Gaceta jurídica 2013.

COSTA, HELENA REGINA LOBO DA. Consideraciones sobre el estado actual de la teoría del bien jurídico a la luz del *harm principle*. En: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Derecho Penal como crítica de la pena: estudios en homenaje a Juarez Tavares por su aniversario septuagésimo, el 2 de septiembre de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. P. 133-149.

D’AVILA, FABIO ROBERTO. Teoría del delito y la lesividad. El modelo del delito como ofensa al bien jurídico. En: _ _ _ _ _ . *Lesividad en el Derecho Penal*. Escritos sobre la teoría del delito como ofensa a bienes jurídicos. Puerto alegre: Librería del abogado, 2009. P. 57-79.

_ _ _ _ _ . Lesividad y el ilícito penal ambiental. En: _ _ _ _ _ . *Lesividad en el Derecho Penal*. Escritos sobre la teoría del delito como ofensa a bienes jurídicos. Puerto Alegre. Librería del abogado, 2009, p. 105-127.

_ _ _ _ _ . Lesividad y delitos omisivos propios. (Contribución a la comprensión del delito como ofensa al bien jurídico). Coimbra: Coimbra Editorial, 2005.

DELLEY, JEAN-DANIEL. Pensar la ley. Introducción a un pensamiento metódico. Traducido por Léo Noronha. Cuadernos de la Escuela del Legislativo, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, pp. 101-143, ene./jun. 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

DOLCINI, EMILIO; MARINUCCI, GIORGIO. Constitución y selección de los bienes jurídicos.

- Revista Portuguesa de Ciencia Criminal*, Lisboa, año 4, abr.-jun. 1994, p. 151-198.
- DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritaria. En: KOH, Harol Hongju; SYLE, Ronald (Org.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004.
- ENGEL, CHRISTOPH. The Constitutional Court – applying the proportionality principle – as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes, In: *Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie*. Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter. Bonn, 2001. Disponible en <<http://papers.ssrn.com/abstract=296367>>.
- FERNANDES GODINHO, JORGE A. Del delito de “riqueza injustificada” (artículo 28.º de la Ley n.º 11/2003 del 28 de julio). *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad de Macau*, Año XI, número 24, 2007, p. 17-49.
- FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE. El “derecho penal del bien jurídico” como principio jurídico-constitucional. En: XXV Años de jurisprudencia Constitucional portuguesa. Coloquio conmemorativo del XXV aniversario del Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editorial, 2009.
- GRECO, LUÍS. Reflexiones provisionales sobre el delito de enriquecimiento ilícito. *Boletín IBCCrim*, n. 277, Diez. 2015. Disponible en: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5670-Reflexes-provisorias-sobre-o-crime-de-enriquecimento-ilcito>. Fecha de acceso: 06.11.2016.
- — — — —. “Principio de lesividad” y delitos de peligro abstracto – Una introducción al debate sobre el bien jurídico y las estructuras del delito. *Revista Brasileña de Ciencias Criminales*. Año 12, n. 49, jul.-ago. 2004.
- HEFENDEHL, ROLAND (ed.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.
- — — — —. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Anales de derecho*. Universidad de Murcia, número 19, p. 147-158, 2001.
- HÖRNLE, TATJANA. Offensive Behavior and German Penal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 5, No. 1, April, pp. 255-278, 2011.
- KLATT, MATTHIAS; MEISTER, MORITZ. *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- LUZ, YURI CORRÊA DA. *Entre bienes jurídicos y deberes normativos: un estudio sobre los fundamentos del derecho penal contemporáneo*. São Paulo: IBCCrim, 2013.
- LIEBEN-STERNBERG, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. En: HEFENDEHL, Roland (ed.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento

de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

MADEIRA ANTUNES, MARIA JOÃO DA SILVA BAILA. La problemática penal y el Tribunal Constitucional. En: ALVES CORREIA, Fernando; MACHADO, Jónatas; LOUREIRO, João Carlos (Orgs.). Estudios en homenaje al profesor José Joaquim Gomes Canotilho. Vol. 1 (Boletín de la Facultad de Derecho de Coimbra – Studia Juridica 102). Coimbra: Coimbra Editorial, 2012.

MICHELON JÚNIOR, CLÁUDIO. *Derecho restitutorio*. São Paulo: Revista de los Tribunales, 2006.

PANOEIRO, JOSÉ MARIA. El delito de enriquecimiento ilícito como estrategia de combate contra la corrupción: consideraciones, críticas y reflexiones político-criminales, 2016, p. 11 ss. Disponible en <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/crime-de-enriquecimento-ilicito-jose-panoeiro.pdf>>. Fecha de acceso: 04.10.2016.

PEREIRA, JOÃO PEDRO GOMES. *El delito de enriquecimiento ilícito*. Los problemas de formulación. Disertación. Universidad Católica Portuguesa. Escuela de Lisboa 84f., 2011.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugués, proceso nº 182/2012, sentencia nº 179/2012, magistrado ponente José da Cunha Barbosa, por mayoría. Publicado el 19-04-2012.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugués, proceso nº 658/2015, sentencia nº 377/2015, magistrada ponente Maria Lúcia Amaral, por mayoría. Publicado el 12-08-2015.

SILVA, LUÍS VIRGÍLIO AFONSO. Lo proporcional y lo razonable. Revista de los Tribunales, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

SUMMERS, ROBERT SAMUEL. Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification. *Cornell Law Review*, v. 63, nº 5, pp. 707-788, jun. 1978.

SWOBODA, SABINE. Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 122, n. 1, jun. 2010.

VOERMANS, WIM. Quality of EU Legislation under Scrutiny: what kind of Problem, by what kind of Standards? In: MADER, Luzius; TAVARES DE ALMEIDA, Marta (Orgs.). Quality of Legislation. Principles and Instruments. Proceedings of the Ninth Congress of the International Association of Legislation (IAL). Baden-Baden: Nomos, 2011.

WEBER, MAX. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Grundriss der verstehenden Soziologie, 5. ed. Reimp. Tübingen: J. C. B. Mohr, 2002. Originalmente publicado en 1922.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZIMRING, FRANKLIN; HAWKINS, GORDON; KAMIN, SAM. *Punishment and Democracy*. Three